

ACDCT

Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo

Volumen III
Año 2011



INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN
DE LA ASOCIACIÓN CORUÑESA DE
DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

netbiblo
www.netbiblo.com

ANUARIO CORUÑÉS DE DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright by © Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social

netbiblo

www.netbiblo.com

NETBIBLO, S. L.

C/. Rafael Alberti, 6 bajo izq.

Sta. Cristina 15172 Oleiros (La Coruña) – Spain

Tlf: +34 981 91 55 00 • Fax: +34 981 91 55 11

www.netbiblo.com

editorial@netbiblo.com

Miembro del Foro Europeo de Editores

ISSN: 1889-4224

Depósito Legal: C-845-2011

Directora Editorial: Cristina Seco López

Editora: Lorena Bello

Producción Editorial: Gesbiblo, S. L.

Impreso en España – Printed in Spain

DIRECTOR

Prof. Dr. Jesús Martínez Girón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña, y Presidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social.

SUBDIRECTOR

Prof. Dr. Alberto Arufe Varela

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña, y Vicepresidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Prof. Dr. Germán Barreiro González

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León.

Prof. Dr. Dr. h.c. Antonio Baylos Grau

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Prof. Dr. Efrén Borrajo Dacruz

Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid.

Dr. José M^a Botana López

Magistrado jubilado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Prof. Dra. María Emilia Casas Baamonde

Antigua Presidenta del Tribunal Constitucional y Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid.

Prof. Dr. Gonzalo Diéguez

Catedrático jubilado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela.

Prof. Dr. Joaquín García Murcia

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid.

Prof. Dr. José Ignacio García Ninet

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona.

Prof. Dr. Dr. h.c. Antonio Martín Valverde

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y Magistrado emérito de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Prof. Dr. Dr. h.c. Alfredo Montoya Melgar

Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid.

Prof. Dr. Antonio Sempere Navarro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

EVALUADORES EXTERNOS

— NACIONAL: *Prof. Dr. Dr. h.c. José Luis Meilán Gil*, Catedrático emérito de Derecho Administrativo de la Universidad de A Coruña.

— INTERNACIONAL: *Prof. Dr. Dr. h.c. António Monteiro Fernandes*, Catedrático de Derecho del Trabajo del Instituto Superior de Ciencias del Trabajo y de la Empresa (ISCTE)-Instituto Universitario de Lisboa.

DEFINICIÓN

El objetivo del *Anuario* es dar a conocer las problemáticas jurídicas laborales y de seguridad social del Derecho comparado, europeo y norteamericano, publicando estudios y divulgando publicaciones sobre las mismas, en el ámbito académico-universitario, profesional-forense y judicial, europeo y norteamericano.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

- 1ª. El *Anuario* sólo publica trabajos originales, que deberán ajustarse a la definición, a la temática y al concreto público jurídico al que va dirigido.
- 2ª. Los originales en cuestión deberán estar redactados, en lo que concierne al texto, en letra Times New Roman, tamaño 14, interlineado sencillo; y en lo que concierne al aparato crítico, en letra Times New Roman, tamaño 12. Como regla, el máximo de páginas no debería exceder de veinticinco.
- 3ª. También como regla, la cita bibliográfica, si se trata de libros, especificará con mayúsculas el nombre del autor, en cursiva el título del libro, y en redonda el número de edición y la editorial, el lugar y el año de publicación (ambos entre paréntesis, separados por una coma), y por último, la página o páginas; y si se trata de artículos de revista, se seguirá el mismo criterio, con la salvedad de que el título del artículo constará entre comillas, y el nombre de la revista en cursiva.
- 4ª. Los originales podrán enviarse a nombre de cualquiera de los miembros del Consejo de Redacción del *Anuario*, por correo electrónico, a las direcciones jmg@udc.es o titof@udc.es.
- 5ª. Los originales deberán incluir el nombre de la institución de trabajo del autor o autores, así como una dirección de correo electrónico de contacto.
- 6ª. A los originales deberá acompañarse un resumen del estudio, en la lengua en que ha sido escrito y, además, en inglés. Igualmente, deberá acompañarse al mismo un elenco de palabras clave, con un máximo de cinco, asimismo redactadas en la lengua de concepción del estudio y en inglés. El título del estudio debe figurar, también, en inglés.
- 7ª. Se admiten originales redactados en castellano (y demás lenguas cooficiales de España), al igual que en inglés, francés, alemán, italiano y portugués.
- 8ª. Una vez recibidos los originales, y tras valoración de los mismos por los evaluadores externos del *Anuario*, se comunicará por la Dirección o Subdirección del propio *Anuario* la aceptación del Consejo de Redacción, a través de correo electrónico.
- 9ª. El período hábil para la recepción de originales comprende de enero a octubre del año natural correspondiente al volumen de que se trate, comunicándose la aceptación, en su caso, dentro del mes siguiente a la fecha de recepción del original.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

[TABLE OF CONTENTS]

ÍNDICE DE AUTORES	9
-------------------------	---

I. ESTUDIOS [RESEARCHES]

▪ LA POSICIÓN DEL JUEZ-PRESIDENTE ROBERTS EN LOS CASOS «LABORALES» DECIDIDOS POR LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS (2005-2010) [THE POSITION OF CHIEF JUSTICE ROBERTS IN THE «LABOR» CASES ADJUDGED BY THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (2005-2010)] ALBERTO ARUFE VARELA	15
▪ LAS PEQUEÑAS EMPRESAS EN DERECHO FRANCÉS [THE SMALL ENTERPRISES IN FRENCH LABOR LAW] PATRICK RÉMY Y CONSUELO FERREIRO REGUEIRO	25
▪ EL DERECHO BELGA DE SEGURIDAD SOCIAL EN POCAS PALABRAS. LAS PRINCIPALES LEYES Y REGLAMENTOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL BELGA [BELGIAN SOCIAL SECURITY LAW IN A NUTSHELL. THE MAIN ACTS AND REGULATIONS OF THE BELGIAN SOCIAL SECURITY] LINA KESTEMONT	45
▪ LAS PEQUEÑAS EMPRESAS Y EL DERECHO ALEMÁN DEL TRABAJO [SMALL ENTERPRISES AND THE GERMAN LABOR LAW] EVA KOCHER	55
▪ EL CAPÍTULO V DEL TÍTULO II DEL CÓDIGO DE TRABAJO DE RUMANÍA, SOBRE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. ESTUDIO CONTEXTUALIZADOR Y COMPARADO CON EL DERECHO ESPAÑOL, Y TRADUCCIÓN CASTELLANA [CHAPTER V OF TITLE II OF THE RUMANIAN LABOR CODE. A COMPARATIVE STUDY IN CONTEXT WITH SPANISH LAW, AND TRANSLATION INTO CASTILIAN] OANA DARIANA LAZARESCU	69
▪ LAS ESTRUCTURAS NORMATIVAS DEL DERECHO AUSTRIACO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. ESTUDIO COMPARADO CON EL DERECHO ALEMÁN [THE NORMATIVE STRUCTURES OF AUSTRIAN LABOR AND SOCIAL SECURITY LAW. A COMPARATIVE STUDY WITH GERMAN LAW] JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN	89
▪ CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR CON LA VIDA LABORAL EN LA LEY DEL TRABAJO PORTUGUESA [RECONCILIATION BETWEEN PERSONAL AND FAMILY LIFE AND LABOR LIFE IN PORTUGUESE LABOR LAW] ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES	99

- LA VIABILIDAD FUTURA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE PENSIONES. CONSIDERACIONES A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO
[*THE FUTURE VIABILITY OF THE SPANISH PENSIONS SYSTEM. CONSIDERATIONS IN THE LIGHT OF COMPARATIVE LAW*] **JESÚS PALMOU LORENZO** 107
- LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR FRENTE AL DESPIDO EN EL DERECHO ALEMÁN
[*THE WORKER'S PROTECTION AGAINST DISMISSAL IN GERMAN LAW*] **TERESA VELASCO PORTERO Y MARTIN FRÖHLICH** 113

II.A. RECENSIONES DE LIBROS [BOOK REVIEW]

- J. GARCÍA MURCIA (Cuidador de edición), *Derecho del Trabajo. Curso académico 1958/1959, según los apuntes tomados por el alumno DON FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ de las explicaciones de DON MANUEL ALONSO OLEA*, KRK ediciones (Oviedo, 2010), 318 págs. **ALBERTO ARUFE VARELA** 131
- A. OJEDA AVILÉS, *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, La Ley/Wolters Kluwer (Madrid, 2010), 679 págs. **LUIS F. DE CASTRO MEJUTO** 133
- A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 31ª ed., Tecnos (Madrid, 2010), 835 págs. **JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN** 137
- P. PIC, Estudio crítico de la Ley de Accidentes de Trabajo francesa de 9 de abril de 1898. Estudio preliminar y traducción Iciar Alzaga Ruiz, Centro de Estudios Ramón Areces (Madrid, 2002), 126 págs. **ROSA M^a RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO** 139
- M. J. MITTEN, T. DAVIS, R. K. SMITH y R. C. BERRY, *Sports Law and Regulation. Cases, Materials and Problems*, 2ª ed., Wolters Kluwer (Nueva York, 2009), 1119 págs. **IVÁN VIZCAÍNO RAMOS** 141

II.B. REVISTA DE REVISTAS [REVIEW OF REVIEWS]

- *Actualidad Laboral*, núm. 14 (2010), núm. 15 (2010), núm. 17 (2010), núm. 20 (2010) y núm. 20 (2010), **IVÁN VIZCAÍNO RAMOS** 145
- *Aranzadi Social*, núm. 21 (2010), **IVÁN VIZCAÍNO RAMOS** 146
- *CEF. Trabajo y Seguridad Social*, núm. 325 (2010), **IVÁN VIZCAÍNO RAMOS** 146
- *Relaciones Laborales*, núm. 12 (2010), núm. 17 (2010), núm. 18 (2010), **IVÁN VIZCAÍNO RAMOS** 147
- *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 85 (2010) y núm. 87 (2010), **ROSA M^a RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO** 148
- *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 145 (2010), **ROSA M^a RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO** 149
- *Temas Laborales*, núm. 105 (2010) y núm. 106 (2010), **ROSA M^a RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO** 149
- *Tribuna Social*, núm. 230 (2010), núm. 231 (2010), núm. 233 (2010), núm. 239 (2010) y núm. 240 (2010), **ROSA M^a RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO** 150

III. ACTIVIDADES DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN DE LA ASOCIACIÓN CORUÑESA DE DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL [*ACTIVITIES OF THE RESEARCH INSTITUTE OF THE CORUNNEAN ASSOCIATION OF COMPARATIVE LABOR AND SOCIAL SECURITY LAW*]

- CRÓNICA DEL «IV CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO, *IN MEMORIAM* ULRICH ZACHERT, SOBRE “EL DERECHO DEL TRABAJO Y LAS PEQUEÑAS EMPRESAS, EN EUROPA Y EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA”»
 [*CHRONICLE OF THE «IVTH INTERNATIONAL CONGRESS ON COMPARATIVE LABOR LAW, IN MEMORIAM ULRICH ZACHERT, ABOUT “LABOR LAW AND THE SMALL ENTERPRISES, IN EUROPE AND IN THE UNITED STATES OF AMERICA”»*]..... 155
- COEDICIÓN DE LIBROS
 [*COEDITION OF BOOKS*] 171
- PARTICIPACIÓN EN CONGRESOS INTERNACIONALES DE MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN
 [*PARTICIPATION IN INTERNATIONAL CONGRESSES BY THE MEMBERS OF THE ASSOCIATION*] 173

ÍNDICE DE AUTORES

CONTRIBUTORS INDEX

Profesor Doctor Alberto Arufe Varela

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña y Vicepresidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social

Doctor Luis Fernando de Castro Mejuto

Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Profesor de Derecho Procesal Laboral de la Facultad de Relaciones Laborales y Recursos Humanos de A Coruña

Profesora Doctora Consuelo Ferreiro Regueiro

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela

Doctor Martin Fröhlich

Doctor en Derecho por la Universidad de Múnich (Alemania)

Lina Kestemont

Investigadora en Derecho de la Seguridad Social, del Instituto de Derecho Social de la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica)

Profesora Doctora Eva Kocher

Catedrática de Derecho del Trabajo de la Europa-Universität Viadrina de Frankfurt am Oder (Alemania)

Oana Dariana Lazarescu

Licenciada en Derecho por la Universidad Titu Maiorescu de Bucarest (Rumanía) y Máster en Estudios de la Unión Europea por la Universidad de A Coruña

Profesor Doctor Jesús Martínez Girón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña y Presidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social

Profesor Doctor Dr. h.c. António Monteiro Fernandes

Catedrático de Derecho del Trabajo del Instituto Superior de Ciencias del Trabajo y de la Empresa (ISCTE) – Instituto Universitario de Lisboa (Portugal)

Doctor Jesús Palmou Lorenzo

Consejero del Consejo de Cuentas de Galicia. Antiguo Consejero del Gobierno de la Xunta de Galicia

Profesor Doctor Patrick Rémy

Profesor Titular de Derecho del Trabajo de la Universidad París 1, Panthéon-Sorbonne (Francia)

Rosa M^a Rodríguez Martín-Retortillo

Licenciada y Graduada en Derecho por la Universidad de A Coruña. Premio Extraordinario de Licenciatura. Investigadora F.P.U. del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña

Profesora Doctora Teresa Velasco Portero

Profesora de la Facultad de Ciencias Empresariales, centro adscrito, de la Universidad de Córdoba

Profesor Doctor Iván Vizcaíno Ramos

Profesor de Derecho Sindical de la Facultad de Relaciones Laborales y Recursos Humanos de A Coruña

ESTUDIOS
[RESEARCHES]

LA POSICIÓN DEL JUEZ-PRESIDENTE ROBERTS EN LOS CASOS «LABORALES» DECIDIDOS POR LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS (2005-2010)

[THE POSITION OF CHIEF JUSTICE ROBERTS IN THE «LABOR» CASES
ADJUDGED BY THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (2005-2010)]

Alberto Arufe Varela

Sumario: I. SOBRE LOS «PODERES» DEL JUEZ-PRESIDENTE ROBERTS. II. SU POSICIÓN EN CASOS «LABORALES» CON LA MAYORÍA. III. SU POSICIÓN EN CASOS «LABORALES» COMO MINORÍA.

Contents: I. ABOUT THE «POWERS» OF CHIEF-JUSTICE ROBERTS. II. HIS POSITION IN «LABOR» CASES WITH THE MAJORITY. III. HIS POSITION IN «LABOR» CASES AS MINORITY.

Resumen: Sobre la base de que el Juez-Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos ostenta una posición preeminente, frente a sus ocho colegas en la Corte, este trabajo analiza la posición del actual Juez-Presidente, como ganador o como perdedor, en los casos «laborales» decididos por dicha Corte durante sus cinco primeros años judiciales.

Abstract: On the basis that the Chief-Justice of the Supreme Court of the United States holds a preeminent position, in front of his eight colleagues in the Court, this paper analyzes the position of the current Chief-Justice, as a winner or as a loser, in the «labor» cases adjudged by such Court during his first five judicial terms.

Palabras clave: Estados Unidos – Corte Suprema – Juez-Presidente.

Keywords: The United States – Supreme Court – Chief-Justice.

* * *

I. SOBRE LOS «PODERES» DEL JUEZ-PRESIDENTE ROBERTS

1. Según consta en su biografía oficial-oficiosa —cuyos trazos más gruesos obran en el sitio de Internet de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ubicado en www.supremecourt.gov—, John Glover ROBERTS (Buffalo-New York, 1955) se convirtió el 29 septiembre 2005 —tras la confirmación por el Senado norteamericano de su designación por el entonces Presidente BUSH-hijo— en el decimoséptimo Juez-Presidente (*Chief Justice*) de la Corte Suprema de los Estados Unidos, desde su creación en el año 1789, adonde llegó —como suele ser habitual entre los Jueces-Presidente de la Corte— sin haber sido previamente Juez *simpliciter* (o *Associate Justice*) de la propia Corte, pues al tiempo de su nombramiento ejercía como Juez en la Corte federal de Apelaciones del Distrito de Columbia, en la capital federal Washington —donde había llegado en 2003, también por designación del Presidente BUSH-hijo—, tras haber ocupado relevantísimos puestos en las Administraciones REAGAN y BUSH-padre, a caballo de las décadas de los 80 y 90 del siglo pasado, y desempeñado después con mucho éxito el ejercicio privado de la abogacía, en el intervalo de gobierno demócrata en la Casa Blanca¹. Al tiempo en que esto escribo se encuentra en la mitad de su sexto año judicial como Juez-Presidente —que comenzó el primer lunes del mes de octubre de 2010—, aunque todavía es muy pronto para saber si llegará a alcanzar la longevidad de su predecesor en la posición, el Juez-Presidente W.H. REHNQUIST, que la ocupó desde 1986 hasta su fallecimiento en 2005 (lo que le eleva al cuarto lugar del *ranking* de permanencia en el puesto); o si en el futuro será recordado por haber alcanzado una autoridad que le empareje con Jueces-Presidente como J. MARSHALL (por cierto, también el más longevo de todos, pues desempeñó el cargo entre 1801 y 1835)²; o si llegará a tener el protagonismo en la vida política que jugaron Jueces-Presidente como C.E. HUGHES —antiguo candidato republicano a la presidencia de los Estados Unidos, derrotado en 1916 por T.W. WILSON—, vista la persistencia con que la Corte Suprema presidida por él —en los años inmediatamente subsiguientes a la «Gran Depresión», entre 1930 y 1941— tumbaba las normas del «*new deal*» impulsadas por el Presidente F.D. ROOSEVELT, que incluso llevó a éste a pensar seriamente en la posibilidad de cambiar por Ley la composición de la Corte Suprema³. Si de algo dispone es de tiempo —salvo retiro voluntario, podrá permanecer en activo hasta su muerte—, y también, de una posición privilegiada en la Corte Suprema, pues su cargo no es sólo representativo o protocolario de cara al exterior, sino rigurosamente preeminente frente al ostentado, también de por vida, por sus otros ocho colegas. Cuando él accedió a la presidencia, estos otros ocho colegas suyos eran dos nombrados por un Presidente demócrata (la Juez R.B. GINSBURG y el Juez S.G. BREYER, nombrados por el Presidente CLINTON) y los otros seis nombrados por Presidentes republicanos (el Juez J.P. STEVENS, nombrado

¹ Véase el enlace «About the Supreme Court», y aquí, a través de «Biographies of Current Justices».

² Acerca de su autoridad inmensa, me parece entrañable recordar que M.E. CASAS BAAMONDE, «Prólogo» a U. ZACHERT, J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008), pág. V, afirmase que «la existencia de un sistema de justicia constitucional para el control de la ley y del Estado» es un «fenómeno compartido por el ordenamiento alemán y por el nuestro que responden al mismo modelo, en los términos sentados desde hace más de doscientos años por la Resolución del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Marbury*».

³ Su intento de «empaquetar la Corte [*packing the Court*]» todavía sigue suscitando investigaciones y reflexiones muy recientes. Véase, por ejemplo, W.G. ROSS, «The role of religion in the defeat of the 1937 Court-packing plan», *Journal of Law and Religion*, núm. 23 (2008), págs. 629 y ss.

por el Presidente FORD; la Juez S.D O'CONNOR y los Jueces A. SCALIA y A.M. KENNEDY, nombrados por el Presidente REAGAN; y los Jueces D.H. SOUTER y C. THOMAS, nombrados por el Presidente BUSH-padre). En sus cinco primeros años judiciales —que son los que me propongo estudiar—, se han producido tres bajas (las de O'CONNOR, SOUTER y STEVENS) y tres altas, la primera cubierta por el Presidente BUSH-hijo (nombrando al Juez S.A. ALITO) y las dos restantes por el Presidente OBAMA (nombrando a las Jueces S. SOTOMAYOR y E. KAGAN).

2. La afirmación de que la posición de ROBERTS es preeminente no necesito apoyarla en ninguna fuente normativa en particular, más allá del hecho de que la figura del Juez-Presidente pase un tanto desapercibida en los tres pilares básicos —Artículo III de la Constitución, Título 28 del Código de los Estados Unidos y «Reglas [Rules] de la Corte Suprema de los Estados Unidos»— que sustentan, orgánica y procesalmente, la actuación de la Corte Suprema⁴. La fuente de la que bebo, con placer, es un delicioso y valiente libro escrito por el precesor del Juez-Presidente ROBERTS, cuya lectura resulta obligada si es que se quieren conocer de primera mano los entresijos de la actuación de los Jueces de la Corte Suprema, a través de un obra que insufla vida en las frías disposiciones normativas reguladoras, introduciéndonos de lleno en las costumbres y tradiciones que ordenan su quehacer diario. Me refiero al *The Supreme Court* del Juez-Presidente REHNQUIST⁵, donde se habla desacartonadamente del rol preeminente que el Juez-Presidente de la Corte Suprema juega (o si se quiere, de los «poderes» que ostenta) en el proceso de selección y decisión de los casos de que la propia Corte Suprema se ocupa —muy significativo por el carácter discrecional que da a su intervención el prodigioso filtro desatascador del «*certiorari*», que posibilita el pronunciamiento sobre sólo unos cien casos (que suponen, a su vez, un 1 por ciento aproximado de los que se les presentan) cada año judicial—, sobre la base de que «el trabajo de la Corte consiste esencialmente en tres funciones diferentes»⁶, a saber: 1) «elegir [*choosing*]⁷ el centenar de casos sobre el que se va a pronunciar, teniendo en cuenta que en este trascendente momento lo decisivo es «una lista de las peticiones que él [el Juez-Presidente] desea que se discutan»⁸; 2) «decidir [*deciding*]⁹ dichos casos con una votación, tras audiencia a las partes y estudio de los autos; y 3) «preparar las opiniones por escrito [*preparing written opinions*] dando soporte al resultado alcanzado por la mayoría y opiniones separadas y opiniones disidentes por los Jueces que no concuerdan con el razonamiento de la mayoría»¹⁰, teniendo en cuenta que «en cada caso en que el Juez-Presidente vota con la mayoría, él asigna el caso» al Juez que debe redactar la opinión mayoritaria¹¹, y además, que «se espera que el Juez-Presidente se quede él mismo con las opiniones que considere de gran importancia, aunque también se espera que reparta a sus colegas alguna opinión de esta clase»¹².

⁴ Acerca de dichas fuentes reguladoras infraconstitucionales, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and American, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 87-88.

⁵ 2ª ed., Vintage (Nueva York, 2002), XI + 302 págs. Consta recensionado por I. VIZCAÍNO RAMOS, en *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo-ACDCT*, vol. I (2009), págs. 139-140.

⁶ Pág. 224.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Pág. 234.

⁹ Pág. 224.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Pág. 259.

¹² Pág. 260.

3. Pues bien, en los cinco años judiciales que J.G. ROBERTS ha completado ya como Juez-Presidente, resulta que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un total de treinta y siete casos que cabría calificar como materialmente «laborales», siempre teniendo en cuenta —supuesto que los nueve Jueces supremos conocen de todo tipo de casos, cualquiera que sea su temática (mercantil, civil, penal, constitucional, laboral, etc.), sin que existan salas o secciones de ningún tipo— que a ese conjunto de casos he tenido que llegar compulsando una por una todas las opiniones de la Corte Suprema, tal como constan publicadas oficialmente, bien de manera definitiva en los «volúmenes vinculantes [*bound volumes*]», bien de manera provisional en las «listas de ingreso [*sliplists*]», que he manejado a través del ya citado sitio en Internet de la propia Corte Suprema¹³. En estos repertorios oficiales, cada caso aparece precedido por un «extracto [*syllabus*]», que no forma parte de la opinión de la Corte Suprema, pero que contiene información contextualizadora muy útil, en especial un resumen breve —de los hechos, la fundamentación y el fallo de la decisión—, y también, la referencia a la participación en ella de cada uno de los nueve Jueces, haciendo constar quién fue el encargado de expresar la opinión por la mayoría, quiénes se unieron a ella y, en su caso, quién o quiénes expresaron opiniones separadas, concurrentes con la mayoría o disidentes de ella. A continuación del resumen, como es lógico, puede leerse siempre el texto íntegro de la opinión mayoritaria e, igualmente en su integridad, el texto de las opiniones concurrentes y disidentes. De esta manera, resulta posible aproximarse al mencionado conjunto de treinta y siete decisiones «laborales» tomando como punto de ataque cuál haya sido en cada caso la posición del Juez-Presidente ROBERTS, bien formando parte de la mayoría (cfr. *infra*, II), bien haciendo constar su opinión separada, concurrente en el fallo o disidente (cfr. *infra*, III).

II. SU POSICIÓN EN CASOS «LABORALES» CON LA MAYORÍA

4. La Corte Suprema de los Estados Unidos es una Corte «moderna», caracterizada por haber aparcado muy tempranamente algunas rancias tradiciones judiciales heredadas —aunque por muy poco tiempo— de las Cortes inglesas de Derecho común; y entre ellas, por ejemplo, la de usar peluca en estrados (abandonada en 1790)¹⁴ o la de redactar sus opiniones como una suma o serie de opiniones de los diversos Jueces que la integran (esto es, el tradicional y actual «*seriatim*» británico, abandonado en 1801, tras tomar posesión de la presidencia de la Corte Suprema el ya citado Juez MARSHALL)¹⁵. Por eso, las decisiones que emanan de la Corte Suprema son siempre decisiones de la propia Corte Suprema en cuanto tal, evidenciándose esto muy especialmente cuando tales decisiones adoptan la forma denominada «*per curiam*», expresión alusiva de las decisiones pronunciadas por la Corte de manera anónima, sin hacer referencia personal a ninguno de los nueve Jueces que la integran; y también,

¹³ A pesar de tratarse de un caso materialmente laboral —sobre despido—, excluyo de la relación el caso *Office of Sen. Mark Dayton v. Hanson*, de 21 mayo 2007 (550 U.S. 511), puesto que en él se afirma que el «JUEZ PRESIDENTE no tomó parte en la consideración o decisión de este caso».

¹⁴ Seguramente, al haberle recriminado su uso Thomas JEFFERSON, por aquel entonces Secretario de Estado, al Juez de la Corte Suprema William CUSHING (al respecto, véase la descripción de la anécdota en www.history.com/topics/supreme-court-facts).

¹⁵ Al respecto, véase W.H. REHNQUIST, *The Supreme Court*, cit., pág. 40.

cuando se trata de decisiones tomadas por unanimidad, aunque en estas últimas sí aparezca identificado el nombre de un concreto Juez, encargado de redactar la opinión de la Corte, bajo la fórmula ritual —dando inicio a la decisión— el «JUEZ [“x”, por ejemplo, el Juez-Presidente ROBERTS] expresó la opinión de la Corte [*delivered the opinion of the Court*]», lo que permite —como suele ser habitual en la doctrina y, también, en la jurisprudencia— hablar de la doctrina del caso mencionando al Juez que expresó dicha opinión. Del conjunto de treinta y siete casos «laborales» de la Corte Suprema presidida por J.G. ROBERTS, solamente dos responden a la forma «*per curiam*», de los que uno trata de discriminación —en materia de ascensos— por razón de raza (es el caso *Ash v. Tyson Foods, Inc.*, de 21 febrero 2006)¹⁶, mientras que el otro enjuició el tema de los controles de alcohol y drogas del personal al servicio de la Administración Federal de Aviación (es el caso *Whitman v. Department of Transportation*, de 5 junio 2006)¹⁷. Dentro de ese conjunto, hay diez casos resueltos por unanimidad —por cierto, uno de ellos extraordinariamente interesante para efectuar análisis comparatistas sobre las cargas laborales que soportan las pequeñas empresas, a propósito de un asunto de discriminación por razón de sexo¹⁸—, aunque en sólo uno de ellos el Juez-Presidente ROBERTS expresó la opinión unánime de la Corte Suprema. Se trata del caso *Sereboff v. Mid Atlantic Medical Services, Inc.*, de 15 mayo 2006¹⁹, relativo a la interpretación y aplicación de la «Ley de Seguridad de los Ingresos por Retiro del Trabajador [*Employee Retirement Income Security Act*]» de 1974 (popularmente conocida como «ERISA», por su acrónimo en inglés), que es la norma de algún modo equivalente a nuestro Real Decreto Legislativo 1/2002, aprobando el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (en España, como se sabe, una norma «laboral» en lo tocante a las modalidades de estos fondos relativas al «sistema de empleo», pero en absoluto una norma de seguridad social, ni siquiera procesalmente hablando)²⁰.

5. Aparte las unánimes, también son decisiones de la propia Corte Suprema en cuanto tal las que se adoptan por una mayoría de sus Jueces, teniendo en cuenta que la mayoría en cuestión puede ser holgada (por ejemplo, las mayorías integradas por seis, siete u ocho Jueces) o, también, estricta (con claridad, la mayoría de sólo cinco Jueces). Dentro del conjunto de treinta y siete casos «laborales» que venimos manejando, a las primeras se adscriben —además de un caso decidido por mayoría de cinco (el caso *Conkright v. Frommert*, al que aludiremos un poco más abajo), por causa de

¹⁶ 546 U.S. 454.

¹⁷ 547 U.S. 512.

¹⁸ Me refiero al caso *Arbaugh v. Y & H Corp.*, de 22 febrero 2006 (546 U.S. 500). Sobre él, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *La desregulación de la protección contra el despido en las pequeñas empresas. Un estudio de Derecho comparado de los ordenamientos alemán y norteamericano*, Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 40-41.

¹⁹ 547 U.S. 356.

²⁰ Los ocho casos restantes, asimismo fallados unánimemente por la Corte Suprema, son *IBP, INC. v. Alvarez* (sobre tiempo de trabajo), de 8 noviembre 2005 (546 U.S. 21); *Beck v. Pace Int'l Union* (sobre la «ERISA»), de 11 junio 2007 (*Sliplists*, 551 U.S. Parte 1); *Long Island Care at Home, Ltd. v. Coke* (sobre trabajadores del servicio doméstico), de 11 junio 2007 (*Sliplists*, 551 U.S. Parte 1); *Sprint/United Management Co. v. Mendelsohn* (sobre discriminación en el empleo por razón de edad), de 26 febrero 2008 (*Sliplists*, 552 U.S. Parte 2); *Locke v. Karass* (sobre cuotas sindicales), de 21 enero 2009 (*Sliplists*, 555 U.S. Parte 1); *Kennedy v. Plan Administrator for Dupont Sav. and Investment Plan* (sobre la «ERISA»), de 26 enero 2009 (*Sliplists*, 555 U.S. Parte 2); *Union Pacific R. Co. v. Locomotive Engineers and Trainmen Gen. Comm. of Adjustment* (sobre procedimientos convencionales de solución de conflictos), de 8 diciembre 2009 (*Sliplists*, 558 U.S. Parte 1); y *Lewis v. Chicago* (sobre discriminación en el empleo por razón de raza), de 24 mayo 2010 (*Sliplists*, 560 U.S. Parte 1).

que en él intervinieron sólo ocho Jueces, y no nueve— cinco casos decididos por mayoría de seis²¹, seis casos decididos por mayoría de siete²², y tres casos decididos por mayoría de ocho Jueces²³, sumando un total de quince casos, teniendo en cuenta que en todos ellos la posición del Juez-Presidente ROBERTS ayudó a conformar la mayoría respectiva; y además, dado que todos estos casos aparecen encabezados por la misma fórmula ritual utilizada para encabezar los casos adoptados por unanimidad, que resulta posible concluir que el «Juez-Presidente ROBERTS expresó la opinión de la Corte» en tres de ellos, a saber: 1) el caso *Norfolk Southern R. Co. v. Sorrell*, de 10 enero 2007²⁴, liderando una mayoría de ocho, sobre indemnizaciones exigibles por causa de un accidente de trabajo; 2) el caso *Engquist v. Oregon Department of Agriculture et al.*, de 19 junio 2008²⁵, liderando una mayoría de seis, a propósito del tema repelente en Europa de la vigencia de la regla típicamente yankee del despido libre, en el ámbito del empleo público²⁶; y 3) el caso *Conkright v. Frommert*, de 21 abril 2010²⁷, liderando una mayoría de cinco contra tres²⁸, a propósito de una nueva cuestión interpretativa suscitada por la ya mencionada «ERISA», que el Juez-Presidente ROBERTS califica aquí como «Ley enormemente compleja». En lo tocante a las mayorías estrictas, diez casos del conjunto de treinta y siete se ajustan a ellas²⁹, teniendo en cuenta que aquí la mayoría alcanzada fue siempre la absoluta estricta de cinco Jueces, pero no menor—esta última o minoría mayoritaria, también perfectamente posible, se conoce con el

²¹ Se trata de los casos *Howard Delivery Service, Inc. v. Zurich American Inc. Co.* (sobre prioridad del crédito salarial), de 15 junio 2006 (547 U.S. 651); *Davenport v. Washington Ed. Ass.* (sobre cuotas sindicales), de 14 junio 2007 (*Sliplists*, 551 U.S. Parte 1); *Gomez-Perez v. Potter* (sobre discriminación y represalia por razón de edad), de 27 mayo 2008 (*Sliplists*, 553 U.S. Parte 2); *Engquist v. Oregon Department of Agriculture et al.* (sobre despido), de 19 junio 2008 (*Sliplists*, 553 U.S. Parte 2); *Meacham v. Knolls Atomic Power Laboratory* (sobre discriminación por razón de edad en situaciones de crisis), de 19 junio 2008 (*Sliplists*, 554 U.S. Parte 1).

²² Se trata de los casos *Federal Express Corp. v. Holowecki* (sobre discriminación en el empleo por razón de edad), de 27 febrero 2008 (*Sliplists*, 552 U.S. Parte 2); *CBOCS West, Inc. v. Humphries* (sobre represalia y despido por razón de raza), de 27 mayo 2008 (*Sliplists*, 553 U.S. Parte 2); *Chamber of Commerce of the United States v. Brown* (sobre ámbito de aplicación de la «Ley de Relaciones Laborales Nacionales [National Labor Relations Act]» o NLRA), de 1935), de 19 junio 2008 (*Sliplists*, 554 U.S. Parte 1); *Crawford v. Metropolitan Government of Nashville and Davidson Cty.* (sobre represalia y despido por razón de sexo), de 26 enero 2009 (*Sliplists*, 555 U.S. Parte 2); *AT&T Corp. v. Hulteen* (sobre discriminación en el empleo por razón de sexo), de 18 mayo 2009 (*Sliplists*, 556 U.S. Parte 2); *Granite Rock Co. v. Teamsters* (sobre daños y perjuicios derivados de una huelga), de 24 junio 2010 (*Sliplists*, 561 U.S. Parte 1).

²³ Se trata de los casos *Burlington N. & S.F.R. Co. v. White* (sobre discriminación y represalia por razón de sexo), de 22 junio 2006 (548 U.S. 53); *Norfolk Southern R. Co. v. Sorrell* (sobre indemnización de daños y perjuicios sufridos a causa de un accidente de trabajo), de 10 enero 2007 (549 U.S. 158); y *Ontario v. Quon* (sobre utilización de medios informáticos en el trabajo y derecho a la intimidad del trabajador), de 17 junio 2010 (*Sliplists*, 560 U.S. Parte 2).

²⁴ Citado *supra*, nota 23.

²⁵ Citado *supra*, nota 21.

²⁶ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El caso Engquist v. Oregon Department of Agriculture et al. (2008). La última palabra de la Corte Suprema de los Estados Unidos en favor del despido libre», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo-ACDCT*, vol. II (2010), págs. 59, que incluye la traducción al castellano por el autor de dicho caso.

²⁷ *Sliplists*, 559 U.S. Parte 2.

²⁸ En el propio caso se indica que la «JUEZ SOTOMAYOR no tomó parte en la consideración o decisión de este caso».

²⁹ Se trata de los casos *Garcetti v. Ceballos* (sobre libertad de expresión), de 30 mayo 2006 (547 U.S. 510); *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.* (sobre discriminación salarial por razón de sexo), de 29 mayo 2007 (550 U.S. 618); *LaRue v. DeWolff, Boberg & Associates, Inc.* (sobre la «ERISA»), de 20 febrero 2008 (*Sliplists*, 552 U.S. Parte 2); *Metropolitan Life Ins. Co. v. Glenn* (sobre la «ERISA»), de 19 junio 2008 (*Sliplists*, 554 U.S. Parte 1); *Kentucky Retirement Systems v. EEOC* (sobre discriminación en el empleo por razón de edad), de 19 junio 2008 (*Sliplists*, 554 U.S. Parte 1); *Ysursa v. Pocatello Ed. Assn.* (sobre cuotas sindicales), de 24 febrero 2009 (*Sliplists*, 555 U.S. Parte 2); *14 Penn Plaza LLC v. Pyett* (sobre procedimientos convencionales de solución de conflictos), de 1 abril 2009 (*Sliplists*, 556 U.S. Parte 1); *Gross v. FBL Financial Services, Inc.* (sobre discriminación en el empleo por razón de edad), de 18 junio 2009 (*Sliplists*, 557 U.S. Parte 1); *Ricci v. DeStefano* (sobre discriminación en el empleo por razón de raza), de 29 junio 2009 (*Sliplists*, 557 U.S. Parte 2); y *New Process Steel, L.P. v. NLRB* (sobre composición y quórum de la «Oficina Nacional de Relaciones Laborales [National Labor Relations Board]» o NLRB), de 17 junio 2010 (*Sliplists*, 560 U.S. Parte 2).

nombre de «opinión pluralitaria [*plurality opinion*]»—, y que sólo en uno de esos diez casos —más en concreto, *Ysursa v. Pocatello Ed. Assn.*, de 24 febrero 2009³⁰, relativo a la autorización de pago de cuotas sindicales por los empleados públicos, salvo para financiar actividades sindicales calificables como «políticas»— la mayoría estricta de cinco resultó liderada por el Juez-Presidente ROBERTS (liderazgo evidenciado, recuérdese, por la expresión ritual «expresó la opinión de la Corte»).

6. Matiz típicamente yankee —evidenciador, además, de la fuerte personalidad y carácter que suelen tener los Jueces integrantes de la Corte Suprema de los Estados Unidos— se refiere al dato de que sus unanimidades y mayorías (holgadas o estrictas) pueden ser, si se me permite la expresión, unanimidades o mayorías puras (en las que todos los Jueces que las conforman opinan exactamente lo mismo) o, también, unanimidades o mayorías «impuras» —aquí está la licencia mía—, en las que hay Jueces que «concurren» en los razonamientos, usualmente para añadir más razones jurídicas confirmatorias del fallo, hablándose en estos otros supuestos de «opinión concurrente». Por lo que respecta a las unanimidades —y fijándonos siempre en la concreta actitud de ROBERTS—, fue lo que sucedió en el caso *Locke v. Karass*, de 21 enero 2009³¹ —sobre confirmación de la constitucionalidad de una norma convencional colectiva, que obligaba a ciertos empleados públicos a pagar una cuota al sindicato representativo en la unidad, aun cuando se trataba de empleados no afiliados al mismo—, en el que consta que «el Juez ALITO, al que el Juez-Presidente y el Juez Scalia se unen», expresa su propia opinión «concurrente [*concurring*]», afirmando que «me uno [*join*] a la opinión de la Corte, pero escribo separadamente [*separately*]». En lo tocante a las mayorías, no existe en la muestra de casos que vengo estudiando ninguno en que el Juez-Presidente ROBERTS expresase de manera separada sus opiniones «concurrentes» con las de la mayoría, puesto que en los casos de mayorías «impuras» incluidos dentro de la muestra, ROBERTS conformó siempre la mayoría sin más.

III. SU POSICIÓN EN CASOS «LABORALES» COMO MINORÍA

7. Como es lógico, no puede en modo alguno expresar la opinión de la Corte, ni siquiera en parte, quien —por haber perdido la votación correspondiente— queda en minoría franca. En estos otros casos, a diferencia de lo que sucede en España, no cabe hablar de «voto particular» sin más. En efecto, un Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos deja de formar parte de la mayoría si formula su «opinión concurrente en el fallo», expresión esta última indicativa de que acepta la parte dispositiva de la correspondiente resolución judicial, pero por razones distintas y, eventualmente incluso, muy distantes de las expresadas por la mayoría. Y lo mismo cabe afirmar si formula su «opinión disidente», indicativa ahora de que hubiese fallado, en todo o en parte, en sentido contrario al decidido por la mayoría. También a diferencia de lo que sucede en España —donde, como ya puse de relieve en otro lugar, los Magistrados de nuestro Tribunal Supremo «renuncian a seguir defendiendo sus disidencias cuando se les plantea una nueva ocasión de poder volver a hacerlo, condicionados quizá por su disciplinada mentalidad “funcionarial”, que derechamente conduce a la existencia de

³⁰ Citado en la nota inmediatamente precedente.

³¹ Citado *supra*, nota 20.

votos particulares efímeros»³²—, los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en cambio, suelen perseverar en la defensa de sus opiniones disidentes («en consecuencia, si se me permite la metáfora, meras “flores de estufa” [los votos particulares de los Magistrados españoles], frente a las “flores de invierno”, como el edelweiss, que evocan las disidencias judiciales yankees»)»³³, pudiendo resultar incluso —con el transcurso del tiempo— que un caso sea recordado más por una opinión separada disidente que por la propia opinión mayoritaria que creó, en su día, «jurisprudencia [*case Law*]»³⁴.

8. En cuanto que «perdedor», en la muestra de casos «laborales» que vengo manejando, ROBERTS se comporta como Juez «concurrente en el fallo» y, también, como Juez que expresa su «opinión disidente». Lo primero ocurrió en tres casos, a saber: 1) *Davenport v. Washington Ed. Ass.*, de 14 junio 2007³⁵ —sobre cuotas sindicales—, en el que se indica que el «Juez BREYER, al que se unen [*join*] el Juez-Presidente y el Juez ALITO» expresa su propia opinión «concurrente en parte y concurrente en el fallo [*concurring in part and concurring in the judgement*]»; 2) *LaRue v. DeWolff, Boberg & Associates, Inc.*, de 20 febrero 2008³⁶ —sobre interpretación y aplicación de la «ERISA»—, donde el Juez-Presidente aparece, en cambio, como redactor («ROBERTS, J[uez]P[residente] registró una opinión concurrente en parte y concurrente en el fallo [*filed an opinion concurring in part and concurring in the judgment*], a la que KENNEDY, J[uez], se unió»); y 3) *Metropolitan Life Ins. Co. v. Glenn*, de 19 junio 2008³⁷ —también sobre interpretación y aplicación de la «ERISA»—, donde se afirma que «ROBERTS, J[uez]P[residente], se unió a la totalidad [de la opinión de la Corte] salvo a la Parte IV», y además, que «registró una opinión concurrente en parte y concurrente en el fallo», a la que no se unió nadie. Lo segundo ocurrió solamente una vez —con la fórmula usual «disiento respetuosamente [*I respectfully dissent*]»—, en el caso *Gomez-Perez v. Potter*, de 27 mayo 2008³⁸, en el que —explayando su mentalidad «conservadora», sobre la que inmediatamente a continuación apuntaremos algo— se opuso a admitir, frente a la mayoría, que la Ley norteamericana de Discriminación por Razón de Edad en el Empleo de 1967 «prohíbe la represalia contra un empleado federal que acciona por discriminación por razón de edad».

9. Aunque aparentemente los Presidentes republicanos de los Estados Unidos nombran Jueces de mentalidad conservadora, y los demócratas Jueces de mentalidad liberal, en el concreto caso del Juez-Presidente ROBERTS (nombrado, recuérdese, por el Presidente BUSH-hijo) la apariencia en cuestión no engaña. En efecto, su defensa tenaz de la realidad típicamente yankee del despido libre (en su citada «opinión disidente» de mayo 2008, pero también y sobre todo en el citado caso *Engquist* de junio 2008, donde expresó la opinión de la Corte, tratándose aquí de una Corte dividida por la mayoría de seis a tres) certifica su adscripción al «ala conservadora

³² Véase A. ARUFE VARELA, «El voto particular del Juez Oliver Wendell HOLMES, Jr. en el caso *Coppage v. Kansas* (1915). Un texto jurídico norteamericano clásico contra el despido libre», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo-ACDCT*, vol. 1 (2009), págs. 19.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*, págs. 19-20.

³⁵ Citado *supra*, nota 21.

³⁶ Citado *supra*, nota 29.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Citado *supra*, nota 21.

[*conservative wing*]], opuesta a la que convencionalmente suele denominarse «ala liberal [*liberal wing*]], con evidente disgusto de esta última (en la «opinión disidente» de *Engquist* redactada por el viejo Juez STEVENS, que acabó haciéndose liberal, llega a llamarse «carnicero» al Juez-Presidente, supuesto que había realizado «cirugía» jurídica utilizando «un hacha», en vez de «un escalpelo»). Por lo demás, sus polémicas y recientes declaraciones recogidas en medios serios de comunicación de masas, en las que afirma que la «doctrina científica [*scholarship*]] no es «particularmente útil para prácticos y jueces [*particularly helpful for practitioners and judges*]]» —que tanta polvareda universitaria han levantado³⁹—, acreditan que parece tener una personalidad y un carácter cuando menos vehementes, visto que no resulta infrecuente que aproveche y que cite expresamente literatura científica, al efecto de fundamentar las opiniones que redacta [por ejemplo, en el citado caso *Sereboff* de mayo 2006, expresando la opinión de la Corte, cita literalmente «4 S. Symons, Pomeroy's Equity Jurisprudence § 1236, pp. 699–700 (5th ed. 1941)», «1 G. Palmer, Law of Restitution § 1.5, p. 20 (1978)» y «1 D. Dobbs, Law of Remedies § 4.3(2), pp. 591, n. 10, 592 (2d ed. 1993)», que a lo mejor tuvo la oportunidad de manejar cuando estudiaba Leyes en la Universidad de Harvard].

³⁹ Al respecto, véase D.L. SCHWARTZ y L. PETHERBRIDGE, «The use of legal scholarship by the Federal Courts of Appeals: An empirical study» [17 agosto 2010], en *SSRN*: <http://ssrn.com/abstract=1640681>, pág. 3, nota 3.

LAS PEQUEÑAS EMPRESAS EN DERECHO FRANCÉS*

[THE SMALL ENTERPRISES IN FRENCH LABOR LAW]

Patrick Rémy
Consuelo Ferreiro Regueiro

Sumario: INTRODUCCIÓN. I. EL DERECHO DEL TRABAJO FRANCÉS Y LAS PEQUEÑAS EMPRESAS: LA RELACIÓN INDIVIDUAL DE TRABAJO. A) Estimular el empleo y la contratación de mano de obra en las pequeñas empresas. 1. Favorecer la contratación reduciendo las trabas del despido en las pequeñas empresas: el fracaso del “contrato para un nuevo empleo”. 2. Nuevos instrumentos de intermediación laboral para facilitar la contratación de la mano de obra por las pequeñas empresas. 3. El vínculo laboral con la pequeña empresa integrada en una cadena de subcontratación, en una red de empresas o en un grupo de sociedades. B) Sobre la conveniencia de excluir a las pequeñas empresas del ámbito de aplicación de algunas normas laborales. 1. Inaplicación a las pequeñas empresas de algunas normas del Derecho del Trabajo por su elevado coste. 2. Promulgación de normas específicas de Derecho del Trabajo para facilitar el incremento del empleo en las pequeñas empresas. 3. Adaptación de normas laborales a las pequeñas empresas. 4. Aplicación efectiva de algunas normas laborales, incluso imperativas, a las pequeñas empresas. II. EL DERECHO DEL TRABAJO FRANCÉS Y LA PEQUEÑA EMPRESA: LAS RELACIONES COLECTIVAS. A) Interdicción de las prácticas desleales del empresario: reconstituir la empresa para la designación de las representaciones de los trabajadores. 1. La unidad económica y social (UES). 2. La consideración de los trabajadores cedidos legalmente como personal de la plantilla de la pequeña empresa: la unidad electoral. B) Reconocimiento excepcional del poder de negociación a otros representantes distintos de los delegados sindicales en las empresas que no pueden designarlos. C) Mejorar el sistema de representación de los trabajadores en las microempresas. 1. En las empresas que cumplen las condiciones legales (con plantillas de más de once o de más de cincuenta trabajadores). 2. En las microempresas que no cumplen las condiciones legales (con plantillas de menos de 11 trabajadores): las soluciones previstas en 2010.

Contents: INTRODUCTION. I. THE FRENCH LABOR LAW AND THE SMALL ENTERPRISES: THE LABOR INDIVIDUAL RELATIONSHIP. A) To stimulate the employment and the manpower hiring in small enterprises. 1. To encourage hiring by means of diminishing the obstacles to dismiss in small enterprises: the failure of the “contract for a new employment”. 2. New instruments of labor mediation to promote the new manpower hiring by small enterprises. 3. The labor tie with the small enterprise included in a contracting out chain, in an enterprises network or

* Traducción al castellano de C. FERREIRO REGUEIRO.

in a group of societies. B) About the convenience of excluding small enterprises from the scope of some labor norms. 1. Inapplication to small enterprises of some Labor Law norms because of their high cost. 2. The enactment of specific Labor Law norms to ease the employment increase in small enterprises. 3. The adaptation of labor norms to small enterprises. 4. The effective application of some labor norms, even imperative, to small enterprises. II. THE FRENCH LABOR LAW AND THE SMALL ENTERPRISE: THE COLLECTIVE RELATIONSHIPS. A) The prohibition of employer unfair practices: to reconstitute the enterprise in order to designate the employees' representatives. 1. The economic and social unit (UES). 2. The recognition of legally assigned employees as staff of the small enterprise: the election unit. B) The exceptional recognition of bargaining power to other representatives different from union delegates in enterprises unable to designate them. C) To improve the employees' representation system in microenterprises. 1. In enterprises achieving the legal conditions (with a staff higher than eleven or higher than fifty employees). 2. In microenterprises not achieving the legal conditions (with a staff lower than 11 employees): the foreseen solutions in 2010.

Resumen: Este artículo analiza la posición de las pequeñas empresas ante el Derecho francés del Trabajo, tanto individual como colectivo, realizando propuestas tendentes a facilitar el incremento del empleo en las pequeñas empresas, así como a mejorar el sistema de representación de los trabajadores en las microempresas.

***Abstract:** This article analyzes the position of the small enterprises before the French Labor Law, both individual and collective, making some proposals tending to ease the employment increase in small enterprises, as well as to improve the employees' representation system in microenterprises.*

Palabras clave: Francia – Pequeñas empresas – Derecho del Trabajo.

***Keywords:** France – Small enterprises – Labor Law.*

* * *

INTRODUCCIÓN

Pártase de un dato: la dificultad de crear una empresa en Francia, en particular, por la excesiva burocracia. Diferentes informes oficiales propusieron en su momento una modificación de la legislación con vistas a remontar unos resultados adversos que atribuían, en el año 2008, tres millones de empresas en Francia, frente a los cuatro con los que contaba Gran Bretaña o España, por sólo poner un ejemplo.

En este contexto se justifica la promulgación de la Ley de 4 agosto 2008, sobre modernización de la economía (*loi n° 2008-776 du 4 août 2008 portant la modernisation de l'économie*), que abrevió los trámites para la creación de nuevas empresas y acuñó la elocuente expresión autoempresario¹ con la que se refería a los emprendedores y las microempresas. En verdad, el éxito no se hizo esperar dado que, desde su entrada en vigor, el 1 de enero de 2009, hasta un año después, se crearon medio millón de ellas. Su simplicidad se refiere a la posibilidad de constituir una empresa a través de un formulario colgado en la red, a lo que se acompaña la concesión de una serie de beneficios fiscales y una reducción importante de las cuotas sociales. De esta guisa, cualquier persona puede ejercer, a través de una microempresa, una actividad asalariada o autónoma, principal o accesoria, con la condición —que actúa como límite— de que los rendimientos obtenidos no superen los ochenta mil euros anuales si se desempeñan actividades comerciales, o de treinta y dos mil euros, para los otros sectores de actividad.

Es evidente que el legislador francés consideró que la dificultad para crear empresas se encontraba, entre otros motivos, en la ya citada excesiva burocracia, pero también en los costes de diferente procedencia. Incluso más, las normas laborales se percibieron como uno de ellos en la medida, se decía, que provocaban un freno a la contratación laboral por la pequeña empresa. De ahí el rechazo de la propuesta contenida en el *Informe Attali*, la cual reducía de cincuenta a veinte el número de trabajadores de una empresa para que introdujese un sistema de participación general y de participación en beneficios; la razón fue que tal exigencia aumentaría demasiado las cargas de las pequeñas empresas². Pues bien, este discurso clásico y recurrente en Francia, está en consonancia con el art. 137.1.b) del Tratado de Roma, a cuyo tenor las directivas adoptadas en materia social “evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas”. Y con la propia Comisión europea, la cual con ocasión de revisar la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, se dirigió a los interlocutores sociales el 24 de marzo de 2010 declarando que se insistiría en la “protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, la mejora de la conciliación de la vida laboral y familiar y la flexibilidad de las empresas en general, y de las PYMES en particular, para que no se sobrecarguen inútilmente con trámites administrativos”³.

¹ V. L. Casaux-Labrunée, *La révolution de l'auto-entrepreneur*, SSL 2009, n°1420.

² La Ley de 3 diciembre 2008, sobre las rentas del trabajo (*loi n° 2008-1258 du 3 décembre 2008 sur les revenus du travail*), propone otros sistemas de extensión de la participación de los beneficios y de la participación en medidas fiscales y sociales, R.Vatinet, JCP S 2008 n°50.

³ JCP S 2010 n°14.

Ante lo dicho, cabe preguntarse si es necesario distinguir, y en qué medida, entre grandes, medianas y pequeñas empresas a los efectos de la aplicación de las normas laborales. Se sabe que los franceses tienen pasión por la igualdad (incluso más que por la libertad), de modo que procede también interrogarse sobre si las diferencias de régimen jurídico en atención al tamaño de las empresas chocarían o no con el espíritu francés. Ciertamente es que ya hay excepciones a ese espíritu igualitario en el Derecho galo, no en vano los principios de igualdad de trato en general y de “igual salario por igual trabajo”, en particular, sancionados por la *Cour de Cassation*, rigen sólo entre los trabajadores de una misma empresa y no entre los de diferentes empresas, incluso aún perteneciendo al mismo grupo de sociedades. Sin embargo y en puridad, el Derecho galo no reconoce un régimen especial para las PYMES, lo que no implica que las autoridades públicas las abandonen a su suerte. Buena prueba de ello lo constituye la Ley de 2 agosto 2005, en favor de las pequeñas y medianas empresas (*loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises*) que modificó groseramente los Códigos de Comercio, Penal, de Impuestos y, por supuesto, el Código de Trabajo. Pese a su nombre, se trató de una ley transversal (*loi fourre-tout*), cuyas disposiciones dispares que versaron de la represión del tráfico ilegal a la ampliación del delito-día para los narcocontratistas, pasando por el trabajo a tiempo compartido (“*le travail à temps partagé*”)⁴ o la transposición de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, nada tienen que ver con una concepción global de las PYMES.

Ante esta situación sobra decir que no es tarea exenta de dificultades la de definir desde la perspectiva del Derecho del Trabajo tanto a la pequeña empresa, cuanto a cualquier empresa en general. Tarea esta que fue desempeñada en su momento por el Código Civil de 1804 y por el Código de Comercio de 1807, pero que brilló por su ausencia en las primeras leyes sociales ancladas en expresiones tales como: “fábricas”, “manufacturas”, “industrias” o “establecimientos”⁵. No obstante, se retomó el sustantivo “empresa” en el Código de Trabajo de 1928, cuyo célebre art. L.122-12 (actual art. L.1224-1) trató de la transferencia de empresa, para utilizarlo de nuevo en 1945 con ocasión de la regulación del comité de empresa y extenderlo hasta la sociedad en el Código de Trabajo de 1973 y en las normas desde 1982. Curiosamente, con el nuevo Código de Trabajo, vigente desde el 1 de mayo de 2008, el uso de dicha expresión ha decaído de nuevo hasta el extremo de que es sustituida por la de “patron”. Sea como fuere, se suscribe la opinión de los autores del *Précis Dalloz*, para quienes la empresa constituye un núcleo de imputación del Derecho del Trabajo desde un doble punto de vista: de la organización de sus relaciones individuales (contratación, despido, etc.) y de las colectivas (representación del personal, negociación colectiva, etc.). Con este entendimiento, se vuelve a plantear la cuestión de qué es una pequeña empresa, cuestión de vital importancia en tanto en cuanto el Derecho del Trabajo se ha construido en torno al modelo de empresa industrial, compuesta por diferentes establecimientos que condicionan la organización de las representaciones de los trabajadores⁶. De este modelo se puede predicar su decadencia en manos de la revolución

⁴ Vid. infra el epígrafe titulado: “Nuevos instrumentos de intermediación laboral para facilitar la contratación de la mano de obra por las pequeñas empresas”.

⁵ Sobre este particular, vid. Pélissier/Supiot/Jeammaud, *Droit du travail*, Précis DALLOZ 2008, n°573 y ss.

⁶ La distinción entre empresas y centros de trabajo es habitual en Derecho francés. De este modo, una empresa puede contar con varios centros distintos a los efectos de que cada uno de ellos constituya una unidad electoral para la elección de los representantes de los trabajadores. Es, así, posible que existan diferentes comités de centro de trabajo (*comité d'établissement*) y, paralelamente, un comité central de empresa (*comité central d'entreprise*).

tecnológica, que ha propiciado el florecimiento de pequeñas empresas en sectores tales como el de servicios, y con ello una continua variación de los criterios que determinan el tamaño de aquéllas (primero 10 trabajadores, luego 20, después 50, etc.). La doctrina gala⁷, sin un concepto claro al respecto y con la confusión derivada de esos variados criterios de determinación, ha apuntado a la Comisión Europea, para la cual la pequeña y media empresa (PYME) es una empresa menor de 250 asalariados con un volumen de negocios que no sobrepasa un límite determinado. Este concepto se completa con otras pinceladas que delimitan el contorno de las pequeñas empresas. Así, un reciente estudio del Ministerio de Trabajo⁸ concluye con que éstas aglutinan entre 1 y 9 trabajadores y comportan el 20% del empleo del sector agrario. Para el Consejo de Análisis Estratégico (*Conseil d'analyse stratégique*), organismo de información directa del primer ministro, se trata de empresas independientes de entre cero y 19 asalariados⁹, lo que representaría entonces más del 95% de las existentes en Francia (un total de 2.488.000) que darían trabajo a casi un 30% del total de los asalariados (4.299.000) con exclusión de las Administraciones. De entre ellas, 1.000.666 cuentan de 1 a 9 trabajadores dando empleo a un poco más de tres millones.

Pero, aun admitiendo que se pueda definir la pequeña empresa como la que no supera un determinado número de trabajadores (por ejemplo, once o menos¹⁰), tal definición sería incompleta porque la empresa es, ante todo, una realidad móvil, con fronteras inasibles¹¹. Póngase por caso la “descentralización productiva” y fórmulose la pregunta de si los trabajadores de la empresa contratista “puestos a disposición” (“*mise à disposition*”)¹² en la comitente pudieran ser trabajadores de ésta última, al fin y al cabo se les aplican algunas normas laborales (concretamente, las de prevención de riesgos) como si tuviesen tal *status*. Se aprecia, entonces, que una realidad es la persona jurídica societaria, o la persona física, y otra el perímetro de la empresa de la que aquélla es titular; y esta distinción tiene consecuencias graves porque según se tome en consideración al titular de la empresa o a la empresa misma variarán las normas aplicables. De *facto*, la pequeña empresa puede estar inserta en un grupo de sociedades o en una red de empresas; la pertenencia a colectividades más amplias va, quizá, a determinar el uso del derecho sobre ella.

Así pues, a falta de un concepto claro de la pequeña empresa, el Derecho francés se decanta por la solución más práctica y sencilla, al menos aparentemente, que es la ya reiterada del tamaño de la empresa, de forma tal que las normas sociales introducirán ciertas excepciones en su aplicación a las PYMES (en función esencialmente de los límites máximos de personal). El estudio de esta cuestión se va a afrontar

⁷ Por todos, vid. A.Mazeaud, *Droit du travail*, LGDJ Montchrétien, 6ª edición, 2008, n°87.

⁸ JCP S 30 marzo 2010 n°13.

⁹ JCP S 10 noviembre 2009, n°46.

¹⁰ Repárese en que la designación de un delegado de personal está prevista en empresas con once o más trabajadores (vid. epígrafe: “El derecho del trabajo francés y la pequeña empresa: las relaciones colectivas”).

¹¹ Sobre esta cuestión, vid. el número de *Droit Social* de mayo 2001, en particular los artículos de M-L Morin y F. Gaudu.

¹² Sobre esta expresión polisémica de “puesta a disposición” que alude a realidades jurídicas muy diferentes, vid. J-Y. Kerbouch, *Droit Social*, 2009, p. 530. [En Derecho francés se emplea, por ejemplo, para designar a los trabajadores objeto de un desplazamiento transnacional, para la prestación de servicios de un trabajador fruto de la cesión legal de una ETT a una empresa usuaria, y, como se ve, para la prestación de servicios efectuada en el marco de una subcontratación de obras o servicios. Por todo ello, se justifica la importancia que el autor da a la cita expresión] Nota del traductor.

desde una perspectiva muy clásica, esto es, desde la relación individual de trabajo (I) y desde la colectiva (II). Lo que nos permitirá adentrarnos, en cuanto a la primera parte, en el caso del contrato de nuevo empleo (“*contrat de nouvelle embauche*”), que concentró toda la atención de los iuslaboralistas hasta finales de 2008 porque se habilitaba sólo para las pequeñas empresas; y, en lo que atañe a la segunda, en la ley del 20 de agosto de 2008 (*loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*) que reformó a fondo el derecho de la representatividad sindical y el de la celebración de los acuerdos colectivos, atribuyendo a la negociación del nivel interprofesional y del nacional sectorial la respuesta sobre la representación de los trabajadores en las pequeñas o, incluso, micro empresas.

I. EL DERECHO DEL TRABAJO FRANCÉS Y LAS PEQUEÑAS EMPRESAS: LA RELACIÓN INDIVIDUAL DE TRABAJO

El legislador intenta reconciliar dos imperativos contradictorios: propiciar el desarrollo de las PIMES evitando sobrecargar sus costes (ya se ha dicho que el Derecho del Trabajo se asimila en este ámbito a un coste), lo que se traduce en estimular la contratación laboral (A); y permitir que a sus asalariados se les apliquen las normas sociales (B).

A) ESTIMULAR EL EMPLEO Y LA CONTRATACIÓN DE MANO DE OBRA EN LAS PEQUEÑAS EMPRESAS

Es evidente que el protagonismo corresponde a los incentivos a la contratación que pasan por la reducción de los costes sociales, cuya enumeración se omite por tediosa. Si bien, no puede ser pasado por alto el denominado “cero cargas” (“*zéro charges*”), es decir, una ayuda temporal a las empresas con menos de 10 trabajadores (conocidas como “*trop petites entreprises*”-TPF) si celebran un contrato de trabajo de duración indefinida o temporal (más de un mes), a tiempo completo¹³. “Cero cargas” permite a esas microempresas eximirse totalmente del pago de la parte de la cuota del empresario con relación a los trabajadores que cobran el SMIC (“*salaire minimum interprofessionnel de croissance*”)¹⁴ y siempre que no tengan una remuneración que supere el resultado de multiplicar por 1,6 el importe de aquél. En este último caso, la ayuda comienza a ser regresiva hasta su desaparición. Por todo ello, es comprensible la importancia dada al sistema de cálculo de la plantilla adscrita a estas empresas¹⁵.

Pese a lo anterior, interesa más, desde un punto de vista jurídico, las disposiciones de Derecho del Trabajo que atañen a la ruptura del contrato en atención al tamaño de la empresa, sabiendo que es una idea paradójica al tiempo que muy extendida la de que las PYMES contratan tanto más fácilmente cuanto que pueden proceder con flexibilidad a la resolución del vínculo contractual.

¹³ En principio se estableció para los contratos de trabajo celebrados entre el 4 de diciembre de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, pero se prorrogó, a través de un Decreto de 16 noviembre 2009, a los suscritos a partir del 1 enero 2010. Vid. JCP S 2009, n° 18.

¹⁴ [Su importe para el año 2011 es de 1365 euros brutos mensuales o 1073 euros netos] Nota del traductor.

¹⁵ JCP S 2009, n°48.

1. Favorecer la contratación reduciendo las trabas del despido en las pequeñas empresas: el fracaso del “contrato para un nuevo empleo”

Contrariamente, por ejemplo, al Derecho del Trabajo alemán¹⁶, el francés no excluye de sus reglas sobre el despido a las pequeñas empresas, aún más, no tiene en cuenta el tamaño de éstas a la hora de regular las sanciones que integran el poder disciplinario del empresario. Así, en el despido nulo (“*licenciement nul*”), de cuyo carácter excepcional no se duda pues se necesita la violación de un derecho fundamental o una conducta discriminatoria, las indemnizaciones son las mismas con independencia de la plantilla de la empresa, o sea, readmisión del trabajador y, en su defecto —porque éste no lo desea o es del todo imposible— una indemnización equivalente al salario de seis meses. El mismo régimen jurídico sigue el despido disciplinario, que en el Derecho galo exige la concurrencia de una causa real y razonable cuyo control es atribuido al juzgador de primera instancia (“*Conseil de prud’hommes*”). Pues bien, la aplicación de estas normas a las pequeñas empresas se ha criticado sobremanera. Para entender el porqué repárese en que el empresario en la carta de despido debe explicar la causa y motivar la decisión. Para la jurisprudencia, la motivación supone la enumeración detallada y precisa de las faltas cometidas y los datos suficientes que evidencien su prueba, de suerte que la ausencia de motivación equivale a la ausencia misma de la causa. No cabe duda que esta doctrina no se percibe que en las pequeñas empresas se carece de servicios jurídicos que se han convertido en absolutamente necesarios a la hora de tomar la decisión de despedir.

En este contexto el legislador francés quiso precisamente introducir alguna excepción en el régimen del despido cuando fuere utilizado por las pequeñas empresas. Fruto de ello fue la exclusión de las empresas que empleen habitualmente menos de 11 trabajadores cuando el afectado contase con una antigüedad inferior a dos años (art. L.1235-5 *Code du Travail*) de las indemnizaciones por despido improcedente por falta de forma (“*licenciement irrégulier*”), que no puede superar el importe de un mes de salario, o por falta de causa (“*licenciement injustifié sur le fond ou abusif*”)¹⁷, que no será inferior al importe del salario de seis meses. Para aquéllas, la Ley ha dado al juez poderes soberanos que le permitan determinar el importe de la indemnización según el perjuicio alegado y probado por el asalariado.

También, se introdujeron excepciones en materia de contratación con la creación de un contrato de trabajo especial de duración indefinida para cuya ruptura se arbitraba una solución más flexible siempre que sobrevenga en los dos primeros años de su duración. Se alude al “contrato para un nuevo empleo” (“*contrat nouvelle embauche-CNE*”), creado por una resolución del Gobierno de Villepin bajo la presidencia de Chirac, y dirigido a las empresas con menos de 20 trabajadores¹⁸. Su originalidad se encontraba en el periodo de consolidación (“*période de consolidation*”) de dos años, durante el cual se podía extinguir el contrato sin causa real y sin respetar las exigencias formales del despido. A cambio, el trabajador tenía derecho a una indemnización equivalente a la

¹⁶ Se refiere a los centros de trabajo con menos de 10 trabajadores, aunque antes de 2004 se reducía el umbral a 5.

¹⁷ [Con esta expresión de «*licenciement injustifié sur le fond ou licenciement abusif*» se alude a la calificación judicial de un despido sin causa por motivos disciplinarios o atribuidos a la persona del trabajador, por ejemplo, la ineptitud sobrevenida.] Nota del traductor.

¹⁸ Se debe distinguir del “contrato del primer empleo” («*Contrat première embauche*») que estaba destinado para todas las empresas, aunque circunscrito a los trabajadores de menos de veintiséis años.

concedida al término de un contrato temporal¹⁹, lo que diferenciaba aquel período de consolidación del período de prueba (“*période d’essai*”). Además, dado que el empresario podría resolver el contrato en este período sin alegar causa pudiera pensarse que no habría control judicial alguno sobre el hecho extintivo, no siendo ello absolutamente cierto dado que existía el recurso “del abuso de derecho” del Código civil que permitía fiscalizar la ruptura unilateral del contrato, además de la alegación de la vulneración de un derecho fundamental.

Pese a los aviesos debates doctrinales, el CNE fue declarado por el Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnelle*) conforme a la norma fundamental francesa, y por el Consejo de Estado (*Conseil d’État*) conforme a los principios generales del derecho y a las normas internacionales. No obstante, nada de ello impidió que los jueces de primera instancia lo juzgasen contrario al convenio n°158 de la OIT²⁰, opinión asumida posteriormente por la sentencia del 1 julio de 2008 del Tribunal de casación (*Cour de Cassation*). En ella se afirmó que el CNE privaba al asalariado del derecho a la defensa, pues le hacía sumir la carga de la prueba del carácter abusivo de la extinción como casi la única arma —a salvo la alegación de violación de un derecho fundamental— para impugnarla. Añade que otra cosa sería haber restringido el uso del citado contrato a una categoría concreta de trabajadores con puntuales problemas para su contratación, pero que el tamaño de la empresa no justificaba suficientemente la excepción a la norma y la aceptación de una discriminación en beneficio de las empresas con menos de veinte trabajadores. En definitiva, tras la crítica abierta de los interlocutores sociales, constatada en un acuerdo interprofesional de enero de 2008, el legislador terminó por derogarlo con la Ley de 25 junio 2008 de modernización del mercado laboral (*loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant de modernisation du marché du travail*), reconvirtiendo estos contratos en los clásicos de duración indefinida. Como contrapartida, la citada norma instituyó otra forma de extinción del contrato de trabajo: la ruptura convencional (“*rupture conventionnelle*”)²¹, utilizable por todas las empresas con independencia de su tamaño. De acuerdo con MAZEAUD, “lo que las pequeñas empresas pierden en flexibilidad, los empresarios en general lo ganan ante la posibilidad de resolver el contrato sin necesidad de acudir al procedimiento judicial consustancial a cualquier despido”²².

2. Nuevos instrumentos de intermediación laboral para facilitar la contratación de la mano de obra por las pequeñas empresas

Se trata de formas de puesta a disposición de trabajadores, más allá de la cesión legal con ánimo de lucro²³, para reforzar a las pequeñas empresas con dificultades

¹⁹ [En concreto, el 8% del total de la remuneración, pues el 2% debe ser aportado por el empresario para la financiación del desempleo en el ASSEDIC. [El ASSEDIC, siglas que corresponden a la «*Association pour l’Emploi dans l’Industrie et le Commerce*», es un organismo privado encargado del pago de la prestación por desempleo (“*indemnités de chômage*”). Su actividad es coordinada en el nivel nacional por Unédic (“*Union Nationale Interprofessionnelle pour l’Emploi dans l’industrie et le commerce*”) y, en la región de París-Isla de Francia, por el GARP (“*Groupement des ASSEDIC de la Région Parisienne*”)] Nota del traductor.

²⁰ [Recuérdese que el citado Convenio trata de la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador] Nota del traductor.

²¹ Pero en gran parte ilusoria, G.Auzero, RdT 2008.

²² Op. cit. n° 554-1.

²³ En Derecho francés, el préstamo oneroso de la mano de obra sólo es posible con contratos de trabajo de duración determinada.

para contratar. Lo que es conocido en Derecho galo como “*mutualisation de l’emploi*”, expresión de difícil traducción cuyo equivalente literal pudiera ser “concentración de empleo”, cabría sustituirla en castellano por “instrumentos de intermediación laboral”. Con tal fin, desde 1985 la ley permite la creación de agrupaciones de empresarios (“*groupements d’employeurs*”) que, bajo la forma de asociaciones de empresas o de cooperativas sometidas a un mismo convenio colectivo, se constituyen para ceder a sus miembros los trabajadores contratados por la propia agrupación (art. L.1253-1 *Code du travail*). Aparte de que entre sus funciones también destaca la de asesorar a sus integrantes en lo relativo a las tendencias del empleo o a la gestión de los recursos humanos (art. L.1253-1 al 1 *Code du travail*), después de la publicación de la Ley de 3 diciembre 2008, en favor de las rentas del trabajo (*loi n° 2008-1258 du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail*), se preocupa por el trabajador al que permite beneficiarse del “plan de ahorro salarial”²⁴ de todas y cada una de las empresas miembros de la agrupación²⁵. Desgraciadamente, este instrumento de “*mutualisation de l’emploi*” no tuvo el éxito previsto pues se acusó a los integrantes de la agrupación de empresarios de practicar una solidaridad financiera elitista, de entre ellos y para ellos, así como de acantonarse e intentar controlar un sector profesional determinado.

Como reacción a estas críticas, la citada Ley en favor de las pequeñas y medianas empresas (2005) crea otro instrumento de intermediación laboral: la “empresa de trabajo compartido” (“*l’entreprise de travail partagé*”)²⁶. En verdad, resulta inútil traducir la expresión, de ahí que se proceda a la explicación de su contenido. Consiste en que personas físicas o jurídicas cuya actividad exclusiva es reclutar personal cualificado para cederlo de forma permanente a sus empresas clientes que por razón de su tamaño no pueden contratarlo directamente (art. L.1252-2 *Code du travail*). Los trabajadores afectados son titulares de un contrato de trabajo con la empresa de trabajo compartido, si bien desarrollan la prestación de servicios para los clientes de ésta. A diferencia de la agrupación de empresarios que ya se ha visto, en el caso actual sí existe ánimo de lucro, la empresa de trabajo compartido subsiste del precio pagado por sus clientes a su gestión, lo que constituye una clara excepción, incluso más una derogación extraordinaria, del principio de prohibición de la cesión de mano de obra con ánimo de lucro salvo en el marco del trabajo temporal. Sea como fuere, la virtualidad de este instrumento de intermediación se desconoce desde el momento en que todavía no se han publicado los decretos con el preceptivo desarrollo reglamentario.

Para concluir con este apartado, nada más conveniente que unos datos del Ministerio de Trabajo sobre las preferencias de contratación de las microempresas (las que cuentan con menos de 10 trabajadores), que se decantan por modalidades contractuales

²⁴ [Es un fondo constituido por los trabajadores de una empresa y que puede contar asimismo con aportaciones de ésta supeditadas a los beneficios que se hayan obtenido en el ejercicio presupuestario precedente. Si la empresa cuenta con menos de cincuenta trabajadores su creación es meramente facultativa. Cabe distinguir tres modalidades principales. 1) el plan de ahorro de la empresa (“*Plan d’Epargne d’Entreprise*”, conocido como PEE), en el que las cantidades depositadas son indisponibles durante cinco años, con la excepción de su uso para jubilaciones anticipadas; 2) el Plan de empleo inter-empresarial (“*Plan d’Epargne Inter-entreprises*”, conocido como PEI), cuyo nombre da a entender que se trata de la reunión de diferentes empresas para constituir un plan de ahorro común; y 3) el Plan de ahorro para la jubilación colectiva (“*Plan d’Epargne pour la Retraite Collectif*”, conocido como PERCO o PERCOI), en donde los fondos están bloqueados hasta la fecha de la jubilación, salvo las jubilaciones anticipadas] Nota del autor.

²⁵ Vid. con detalle, P. Fadeuuhl, JCP S 2009, 1062; y también O. Pouey, JCP S 2010, 1054.

²⁶ P-Y. Verkindt, *Le travail à temps partagé* ou «pourquoi faire simple quand...», JCP S 2005, p.1118.

incentivadas por el Estado, por contratos temporales o por los celebrados a tiempo parcial. El progreso de estos últimos ha sido extraordinario y, en junio de 2009, el 26% de los asalariados de una de esas empresas tenía un contrato a tiempo parcial.

3. El vínculo laboral con la pequeña empresa integrada en una cadena de subcontratación, en una red de empresas o en un grupo de sociedades

Lo que se desea plantear es hasta qué punto una pequeña empresa, integrada en una cadena de subcontratación, en una red de empresas o en un grupo de sociedades, puede hacer corresponsable de la relación jurídica con sus trabajadores, especialmente en caso de extinción de ésta, a las empresas de la cadena, de la red²⁷ o del grupo²⁸ —y esto fuera de las garantías sobre sucesión de empresa introducidas por la Directiva 2001/23. En realidad, la respuesta del Derecho francés es breve: obliga a la empresa inserta en un grupo, y que quiere despedir por causas económicas a uno de sus asalariados, a reubicarlo en otras de las empresas de aquél, si ello es posible (art. L.1233-4 *Code du travail*). En caso de no hacerlo, la calificación procesal del despido será la de improcedente (“*injustifié*”), es decir, como si careciese de causa.

En cuanto al despido colectivo, que comprenderá a más de 10 asalariados en un período de treinta días, se impone a todas las empresas con más de 50 trabajadores la elaboración de un “plan de protección del empleo” (“*Plan de Sauvegarde de l’Emploi*”-PSE) y se dispone que su validez depende del patrimonio material o inmaterial de la empresa, del grupo de sociedades o de la “unidad económica o social” (“*unité économique et sociale*”)²⁹. Traducido esto a las pequeñas empresas, éstas en cuanto tales no pueden despedir colectivamente por tener una plantilla reducida, pero si puede hacerlo la sociedad en la que se integran. Como precisó la *Cour de Cassation*, en una sentencia del 13 enero 2010³⁰, únicamente la sociedad que aglutina a las diferentes empresas³¹ tiene, entonces, la obligación de reubicar a los trabajadores en otras empresas del grupo. Dicho de otro modo, para implicar jurídicamente a una de las empresas filiales del grupo de sociedades debe ostentar la calidad de co-empresario junto con la sociedad principal, lo que la jurisprudencia ha admitido en contadas ocasiones³².

B) SOBRE LA CONVENIENCIA DE EXCLUIR A LAS PEQUEÑAS EMPRESAS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE ALGUNAS NORMAS LABORALES

Cada vez que se introducen códigos de buenas prácticas, por naturaleza opcionales o facultativos, o normas de “*droit muillé*”, éstos son aplicados a las PYMES sin habérselo

²⁷ Vid. sobre todas esas cuestiones la tesis de E. Peskin, LGDJ.

²⁸ Con relación a ello, consúltese M. L. Morin, *Les frontières de l’entreprise et la responsabilité de l’emploi*, Droit Social 2001, p.478.

²⁹ Vid., dentro del epígrafe sobre “El Derecho del trabajo francés y la pequeña empresa: las relaciones colectivas”, el dedicado a la unidad económica y social.

³⁰ Droit Social Abril 2010, note G.Couturier.

³¹ [Se advierte que en Derecho francés se procura remarcar con notable nitidez la distinción entre persona jurídica y empresa, de suerte que ésta, identificada con el desempeño de una actividad, puede corresponder a varias sociedades. Por eso, ha habido sociedades que se han desgajado en otras más pequeñas para evitar la aplicación de las normas sobre representación de los trabajadores. De este fraude a la ley, surge la creación de la figura jurídica conocida como “unidad económica y social”, a través de la cual se intenta recomponer la empresa auténtica y real de la que son titulares diferentes sociedades] Nota del autor.

³² V. Cass.Soc.3 novembre 2004, n°02-43.029 que admite que el titular de una gran superficie comercial (galeries Lafayette) sea coempresario de los trabajadores allí desplazados por las empresas subcontratadas.

cuestionado. Por ejemplo, después de haber gratificado con la “etiqueta-diversidad” (“*label diversité*”) a las grandes empresas que han diseñado políticas de igualdad innovadoras en las que se ha comprendido las minorías sociales, las PYMES se sumaron a tal posibilidad. Sin embargo, si se promulgan normas que incorporan alguna obligación, la mayoría de las veces “costosas” para las empresas, se pregunta si es de recibo su aplicación a todas ellas. En tales casos, cabe distinguir las estrategias siguientes:

1. Inaplicación a las pequeñas empresas de algunas normas del Derecho del Trabajo por su elevado coste

Se alude a todas las que utilizan límites en cuanto al número de efectivos, siendo muy habituales en la regulación del régimen jurídico de las representaciones de los trabajadores. Desde luego, en Derecho galo un ejemplo paradigmático que consigna el cambio de perspectiva del legislador ha sido el establecimiento de la jornada de 35 horas semanales para todas las empresas independientemente de su tamaño. Establecida por las leyes llamadas *Aubry I* y *II* —que era el apellido del Ministro de Trabajo—³³ en 1998 y 2000, esa jornada podía, pese a lo dicho, incrementarse de suerte que las horas trabajadas por encima de las treinta y cinco semanales pasaron a considerarse extraordinarias, contaron con una remuneración 25% superior a la de una hora ordinaria o 50% si se realizaban muchas y una compensación con tiempo de descanso. Si bien, a raíz de una Ley de 17 enero 2003, sobre el salario, la jornada y el incremento del empleo (*loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 sur les salaires, le temps de travail et le développement de l'emploi*), conocida como Ley Fillon, las microempresas se han beneficiado de un régimen derogatorio que les irroga una disminución de costes, pues el precio de la hora extraordinaria sólo se incrementa en un 10% sobre el de la ordinaria. Con ello, no concluyen los vaivenes. De acuerdo con la campaña electoral que precedió a la elección de Sarkozy (“trabajar más para ganar más”), se promulgó una Ley de 21 agosto 2007, sobre el trabajo, el empleo y el poder adquisitivo (*loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat*), conocida como TEPA, que redujo el precio de las horas extraordinarias (para ganar más) sin respetar el régimen especial del que venían disfrutando las microempresas³⁴.

2. Promulgación de normas específicas de Derecho del Trabajo para facilitar el incremento del empleo en las pequeñas empresas

A través de ellas se pretende reducir al mínimo los trámites administrativos que la contratación de un trabajador supone (practicar el alta, enviar copia básica del contrato al servicio de empleo, etc.) sin por ello privarlo de la garantías derivadas del Derecho del Trabajo. Es el caso, por ejemplo, del “*Titre Emploi Service Entreprise*” —conocido como TESE³⁵— que, creado por la citada Ley sobre modernización de la economía de 2008, se ofrece a las empresas con 10 asalariados ahorrándoles toda la burocracia vinculada a la celebración del contrato y al cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social.

³³ [Se trata de la *loi n°98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, y de la *loi n°2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail*] Nota del autor.

³⁴ Los matices sobre la elaboración del proyecto de ley se recogen en F.Favennec-Héry, *La détaxation du travail, premier volet du projet de loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat*, JCP S 2007, 1507.

³⁵ Sustituye al “*Titre Emploi Entreprise*” y al cheque de empleo para microempresas (“*Chèque emploi TPE*”). Estos fueron creados por la Ley de 26 julio 2005, sobre el desarrollo de servicios para ayudar a las personas y otras medidas sobre cohesión social (*loi n°2005-841 du 26 juillet 2005 relative au développement des services à la personne et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale*) para facilitar el procedimiento de pago de las cuotas sociales a las empresas con menos de cinco trabajadores. SSL 2005, n° 1227.

3. Adaptación de las normas laborales a las pequeñas empresas

Entre sus principales manifestaciones se encuentra el plan sobre el empleo de los trabajadores *seniors* que deberá ser negociado obligatoriamente en las empresas o en los grupos de sociedades que cuenten con una plantilla superior a las 300 personas. Apréciase que el incumplimiento de este deber supondrá la imposición de una sanción a la empresa por importe igual al 1% de la masa salarial. Sin embargo, la indicada obligación desaparece al incumbir a las empresas entre 50 y 300 trabajadores si estuviesen incluidas en el ámbito de aplicación de un convenio de sector objeto de un acto de extensión del Ministro de Trabajo. Por eso, al fin del año 2009, se comprobó que numerosos sectores de actividad no concluirían sus respectivos convenios colectivos a tiempo, esto es, antes del 1 febrero 2010. Así las PYMES (en este caso con más de 50 trabajadores) se encontraron en una delicada posición, ya que debían celebrar su propio acuerdo a falta de incluirse en el ámbito de aplicación de un convenio de sector para evitar tener que pagar la sanción del 1% de la masa salarial. El problema se resolvió en términos políticos al concederles el Ministro de Trabajo un plazo adicional de tres meses.

Otro ejemplo de la adaptación de las normas laborales a las pequeñas empresas se halla en materia de igualdad profesional por razón de sexo. El informe de 8 julio 2009, elaborado por la Sra. Grésy a instancias del Gobierno, propuso introducir pequeñas modificaciones en el *Code du travail* para mejorar al tiempo que simplificar sus disposiciones. Entre otras cuestiones, preconiza delegar en la potestad reglamentaria para definir las medidas concretas relativas a los cupos de igualdad y procede a distinguir dichos cupos en atención a la plantilla de la empresa.

4. Aplicación efectiva de algunas normas laborales, incluso imperativas, a las pequeñas empresas

En efecto, esa aplicación se logra a través de medidas específicas de apoyo a las pequeñas empresas. Prueba de ello se encuentra en la Ley de 24 noviembre 2009, sobre orientación y formación profesional continuada (*loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie*), que, incorporando el contenido de un acuerdo interprofesional nacional, redujo la diferencias existentes en la formación de los trabajadores de las pequeñas y grandes empresas. En su desarrollo se promulgó en el 2010 un Decreto³⁶, por el que se instituyó un sistema de financiación especial para las empresas con menos de 10 asalariados que les permitía pagarles los cursos de formación necesarios, al tiempo que sustituirlos temporalmente por otros³⁷.

Sin embargo, hay ámbitos, como la salud laboral y la prevención de riesgos, donde las normas laborales deben ser objeto de aplicación sin excepción alguna³⁸ y, precisamente

³⁶ [Se trata del Décret n° 2010-290 de 17 marzo 2010 *relatif à la prise en charge des dépenses correspondant aux rémunérations versées à un salarié recruté pour remplacer un salarié absent pour cause de formation*] Nota del traductor.

³⁷ Vid con detalle, SSL 2010 n° 1439.

³⁸ Vid. sobre la cuestión de la evaluación de riesgos según la plantilla de los trabajadores a C.Sachs-Durand, RDT 2006, p. 106; en cuanto al Derecho comunitario y la Directiva 92/57/CEE de 24 junio 1992, que impone la designación de un coordinador por parte del titular de la obra aunque operen en ella diferentes empresas secundarias. En una decisión del 25 de julio de 2008, el TJCE precisa que el régimen derogatorio previsto por la Directiva sólo contempla la obligación de establecer un plan de seguridad y salud previo a la apertura de la obra.

por este imponderable, el Estado se ve obligado a reforzar las medidas de apoyo a las pequeñas empresas para asegurar el cumplimiento de aquéllas. Véanse, al respecto, la obligación de los empresarios de prevenir, informar y formar a sus trabajadores ante los riesgos profesionales³⁹, cada vez más amplia y constringente.

En verdad, el panorama resulta desolador, de lo que el Ministerio de Trabajo ha dado buena cuenta al reconocer que los trabajadores de las pequeñas empresas continúan careciendo de la información y formación deseadas⁴⁰. Para superar la situación, el citado Ministerio ha introducido en su página web oficial⁴¹ un apartado titulado “trabajar mejor, la salud y la seguridad en el trabajo” (“*travailler mieux, la santé et la sécurité au travail*”), que puede servir como un asesoramiento primario para las pequeñas empresas. A ello se suma el “Plan salud en el trabajo 2010-2014” (“*Plan santé au travail 2010-2014*”), presentado por el Gobierno a los interlocutores sociales y aceptado por éstos, una de cuyas cuatro prioridades es la dar cobertura a las empresas con 11 a 49 trabajadores, dado que en algunas carecen de representación. Esa cobertura consiste en difundir herramientas de ayuda a la prevención, facilitar el diagnóstico de los riesgos en la empresa y elaborar el plan de prevención⁴².

II. EL DERECHO DEL TRABAJO FRANCÉS Y LA PEQUEÑA EMPRESA: LAS RELACIONES COLECTIVAS

El Derecho colectivo del Trabajo galo se construyó, como en otros muchos ordenamientos jurídicos, en torno a la huelga, que tiene el carácter de un derecho individual, titularidad de cada trabajador, con ejercicio colectivo (en contraposición al Derecho alemán en donde el derecho de huelga recae en un sindicato). El interrogante que subyace en esta construcción es la práctica de dicho derecho en empresas que cuentan con un único asalariado (por ejemplo en el campo de la artesanía o en el del empleo en el hogar familiar). En una sentencia de 13 noviembre 1996, la *Cour de Cassation* sostuvo que “si la huelga consiste en el cese colectivo y concertado del trabajo por asalariados con el objetivo de apoyar sus pretensiones profesionales”, en principio “no puede ser ejercida por el que actúe aisladamente”, pero en las empresas con un único trabajador a éste le corresponde presentar y defender sus pretensiones profesionales, y, entonces, “ejercer ese derecho de huelga constitucionalmente reconocido”. Brevemente, afirmar lo contrario significaría privar al único trabajador, por el simple hecho de serlo, de un derecho constitucional.

Ahora bien, el que los asalariados de las pequeñas empresas tengan reconocido el derecho de huelga no significa que cuenten con representantes del personal. En Francia, como en España, existe un “doble canal” de representación de los trabajadores, compuesto por instituciones elegidas (“*représentations élues*”) y por las sindicales (“*représentations syndicales*”). En las primeras se encuadran los delegados del personal (“*Délégués du personnel*”), para empresas con 11 o más trabajadores, cuya función principal es la de reclamar la correcta aplicación del Derecho vigente; y los comités de

³⁹ Así el art. L. 230-2 *Code du travail*, sobre la obligación general de prevención de los riesgos profesionales, y el art. R. 243-1 a 15 del mismo texto legal, relativo al control médico de la incapacidad temporal.

⁴⁰ Vid. los estudios de DARES (remisión a nota a pie 51) de enero 2008, SSL 2008, n° 1343.

⁴¹ [Se trata de la dirección siguiente: www.travail-emploi-sante.gouv.fr/] Nota del traductor.

⁴² Con detalle en SSL 2010, n° 1430.

empresa (“*Comités d’entreprise*”), constituidos en empresas con 50 o más trabajadores, en donde, además de desempeñar la misma función que los delegados de personal, se encargan de representar a la parte social en los procesos de información y de consulta previos a la toma de decisiones de carácter económico y a la administración de las actividades socio-culturales de la empresa (como las cantinas, los comedores, los centros de vacaciones, etc.). En lo relativo a las representaciones sindicales, merece la pena detenerse en el delegado sindical (“*Délégué syndical*”), designado por el sindicato representativo en las empresas con 50 o más trabajadores, es decir, que tienen un comité de empresa, su competencia esencial es la de negociar y concluir los convenios colectivos de ámbito empresarial y de aplicación a toda la plantilla. En resumen, a diferencia de lo que prevalece en Derecho español, el Derecho francés atribuye en exclusiva el poder de negociar convenios a los sindicatos representativos.

Precisamente, la Ley de 20 agosto 2008, relativa a la renovación de la democracia social y a la reforma del tiempo de trabajo (*loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*) reformó a fondo las normas sobre representatividad sindical con el fin de que los criterios de atribución de esa representatividad fueren más reales. Por ese motivo, se derogó la presunción *iuris et de iure* (“*présomption irréfragable*”)⁴³ de representatividad de la que se beneficiaban cinco grandes sindicatos; al tiempo que se impuso, para que el sindicato deviniese más representativo, entre otros criterios, el que obtuviera el 10% de los sufragios en las elecciones, celebradas cada cuatro años, para determinar los delegados de personal y los miembros de comité de empresa.

Dado que en el nivel de empresa quien negocia, según se ha dicho, es el delegado sindical, éste debe, de un lado, pertenecer a un sindicato representativo en los términos descritos, y de otro, haber obtenido él mismo el 10% de los sufragios en las elecciones de delegados de personal o miembros de comité de empresa (dentro, claro está, de la circunscripción electoral que le es propia), lo que le obliga a ser siempre candidato en ellas. Sin embargo, conviene añadir que en aras de no vulnerar la libertad sindical, la Ley de 20 agosto 2008 permite a los sindicatos todavía no representativos (por no haber alcanzado el umbral del 10% de los sufragios) constituir secciones sindicales y designar un representante de sección sindical (“*Représentant de la Section Syndicale*”), figura de reciente incorporación que tiene atribuidas todas las prerrogativas de los delegados sindicales⁴⁴ con excepción de la de negociar convenios colectivos.

Es obvio que todo ello resulta muy complejo e, incluso más, alejado de las realidad de las pequeñas empresas. Pero, independientemente de que algunas de ellas queden al margen de la negociación de un convenio colectivo como consecuencia de su plantilla reducida y de la imposibilidad de designar a un delegado sindical, el Derecho francés dispone de tres estrategias diferentes que atingen a la negociación colectiva en tales casos. Cabe referirse, en primer lugar, a la interdicción de las prácticas desleales o fraudulentas

⁴³ [En efecto, con un Decreto interministerial de 1966 (*l’arrêt du Ministère du Travail du 31 mars 1966*) fueron declarados sindicatos más representativos: 1) la *Confédération générale du travail* (CGT); 2) la *Confédération française démocratique du travail* (CFDT); 3) *Force ouvrière* FO; 4) la *Confédération française de l’encadrement - Confédération générale des cadres* (CFE); y 5) la *Confédération française des travailleurs chrétiens* (CFTC)] Nota del traductor.

⁴⁴ [Entre ellas, está la de defender ante el empresario las pretensiones de los trabajadores y velar por la aplicación de las normas laborales, incluso en su interpretación más favorable. Comparten, pues, funciones con los delegados de personal] Nota del traductor.

del empresario destinadas a dividir la plantilla de la empresa para constituir otras más reducidas y evitar, así, que se designe un delegado sindical (A). En segundo término, a la estrategia de conceder excepcionalmente el poder de negociación a otros representantes distintos de los delegados sindicales (B). Y, en último lugar, a mejorar el sistema de representación de los trabajadores en las microempresas (C).

A) INTERDICCIÓN DE LAS PRÁCTICAS DESLEALES DEL EMPRESARIO: RECONSTITUIR LA EMPRESA PARA LA DESIGNACIÓN DE LAS REPRESENTACIONES DE LOS TRABAJADORES

1. La unidad económica y social (UES)

Con el fin de evitar la institución de un delegado sindical, en la década de los sesenta las empresas adoptaron la estrategia de segregarse en varias sociedades cada una de las cuales estaba dotada de una plantilla inferior a 50 trabajadores. Resultado: no tenían jurídicamente que designar un delegado sindical. Fueron, entonces, los jueces los encargados de detectar y solucionar este fraude, para lo cual inventaron el concepto de “unidad económica y social” (“*unité économique et sociale*”), esto es, la reconstrucción de la auténtica empresa que se ocultaba entre diferentes personas jurídicas a los efectos de evitar la designación de los representantes de los trabajadores. De este modo, las diferentes sociedades creadas como fraude a la ley serán consideradas una sola, una unidad económica y social, en la que se podrá constituir un comité de empresa y, a raíz de ello, designar un delegado sindical. Así lo confirma el vigente art. L. 2322-4 del *Code du travail* al imponer el establecimiento del comité “cuando una unidad económica y social compuesta por empresas jurídicamente distintas y con al menos cincuenta trabajadores haya sido reconocida en cuanto tal a través de una sentencia o de un convenio”.

Como se puede apreciar, dos son los componentes de la UES: la unidad económica, o sea, que las empresas que la integran concentren el poder de gestión en una de ellas, compartan una misma estrategia publicitaria, realicen una misma o parecida actividad económica, etc.; y la unidad social, esto es, una idéntica comunidad de trabajadores sujeta a condiciones de trabajo similares. Se persigue, pues, reconstituir la empresa a los solos efectos de la aplicación de las disposiciones sobre la representación del personal. Por esta razón, la UES ni tiene la calidad de empresario, ni es una persona jurídica, ni impide que lo sean las diferentes sociedades que la componen.

2. La consideración de los trabajadores cedidos legalmente como personal de la plantilla de la pequeña empresa: la unidad electoral

Una empresa puede evitar asimismo el establecimiento de representaciones de los trabajadores excluyendo de la unidad electoral a algunos de sus trabajadores.

Precisamente, esto quiso hacer el Gobierno con un Decreto de 2005 para propiciar la contratación de los jóvenes menores de veintiséis años sin que las empresas se vieran obligadas a considerarlos como trabajadores a efectos de las elecciones sindicales y de la composición de la plantilla. Planteada contra esa disposición una cuestión prejudicial, el TJUE, en su sentencia de 18 enero 2007⁴⁵, estimó que aquélla no se

⁴⁵ Vid. S. Laulom, *Les moins de 26 ans définitivement réintégrés dans le calcul des seuils d'effectif*, SSL 2007, nº1292.

ajustaba al Derecho comunitario y no por incurrir en una posible discriminación por razón de la edad, sino por esquivar la aplicación de las Directivas 98/59, en materia de despido colectivo, y 2002/14, sobre procesos de información y consultas, lo que para el tema que nos incumbe es más interesante. En otras palabras, el alto Tribunal afirmó, esencialmente, que la remisión del Derecho comunitario al interno, a la hora de determinar el método de cálculo de los trabajadores que integran la plantilla de la empresa, no puede interpretarse en el sentido de permitir la exclusión de algunas categorías para evitar torticeramente alcanzar los límites máximos (por ejemplo, para la designación de los representantes de los trabajadores).

Con el mismo objetivo, cualquier empresa, y no solamente las pequeñas, pueden intentar soslayar la obligación de establecer las representaciones de los trabajadores reclutando mano de obra a través de una ETT. En tales casos, se plantea la cuestión de si esos asalariados puestos a disposición se computarán como personal propio de la empresa usuaria. Cuestión en absoluto baladí que provocó sendos pronunciamientos del *Conseil constitutionnel* en los que se censuraron las tentativas del legislador de limitar la participación de tales asalariados en la organización de las representaciones pues serían contrarias al principio constitucional de participación en la fijación colectiva de sus condiciones de trabajo. Para su argumentación, el *Conseil constitutionnel* adoptó un criterio elaborado por la *Cour de cassation* —tras una larga evolución⁴⁶—, el de la estrecha y permanente integración de los trabajadores puestos a disposición con los de la empresa usuaria: ambos constituyen una misma comunidad de trabajo. Para delimitarlo mejor, la citada Ley de 20 agosto 2008 exigió la existencia de una presencia continua de aquellos asalariados en las instalaciones de la empresa usuaria, lo que se traduce en haber prestado servicios para ella al menos durante un año con el fin de considerarlos integrados en su personal, esto es, de formar parte de la misma unidad electoral (art. L.1111-2 *Code du travail*). Ese período se incrementa en veinticuatro meses para que los trabajadores puestos a disposición puedan ser elegibles en la empresa usuaria. Todo ello sin obviar el problema de la pertenencia por derecho propio a dos o más circunscripciones electorales, la de la ETT y la de la empresa usuaria, debiendo el trabajador elegir en cuál de ambas ejerce su derecho de voto. Sea como fuere, todas estas cuestiones han de ser tomadas con cautela en tanto no se consolide la Ley de 20 agosto 2008 y la jurisprudencia que pueda generar⁴⁷.

B) RECONOCIMIENTO EXCEPCIONAL DEL PODER DE NEGOCIACIÓN A OTROS REPRESENTANTES DISTINTOS DE LOS DELEGADOS SINDICALES EN LAS EMPRESAS QUE NO PUEDEN DESIGNARLOS

A estas alturas sobra decir que la ausencia de un delegado sindical supone, en Derecho francés, la imposibilidad de negociar un convenio colectivo de empresa precisamente ahora, tras la Ley de 2008, que ha modificado la estructura de la negociación colectiva dando preferencia a este nivel. Tal preferencia había comenzado

⁴⁶ Sobre dicha evolución, vid. SSL 2008 n° 1375.

⁴⁷ Vid. en particular sobre las condiciones de ejercicio del derecho de opción la circular y la posición contraria de ciertos jueces en SSL.

a perfilarse en otras reformas legales precedentes a partir de las cuales el convenio colectivo de empresa puede derogar, incluso *in peius*, al de sector (que tal vez sea el único aplicable a las pequeñas empresas que carecen de uno propio) y desplazar la aplicación de la ley (por ejemplo, en cuanto al tiempo de trabajo). Así las cosas, es claro que el principal interés para negociar convenios de empresa lo tienen los propios empresarios. Ello explica que, desde 1995, la *Cour de Cassation* afirmase que ante la imposibilidad de tener un delegado de personal, las empresas con menos de 50 trabajadores podrán proponer a un sindicato representativo que apodere a un de sus trabajadores (“*salarié mandaté*”) para que negocie un convenio colectivo. Posteriormente, esta opción se abrió también para cualquier empresa, con independencia de su tamaño, que por diferentes circunstancias no dispusiese de un delegado sindical con la imposibilidad para negociar convenios que ello entraña⁴⁸. Al final, la reiterada Ley de 20 agosto 2008 sancionó la designación de un delegado de personal o de un miembro del comité de empresa —es decir, de una de las “*représentations élues*”, carentes tradicionalmente en Francia de poder de negociación— para celebrar acuerdos de empresa ante la falta de un delegado sindical. En este sentido, el apoderamiento por un sindicato representativo de un trabajador en aras de negociar se subordina no sólo a la ausencia de un delegado sindical, sino también de alguna de las representaciones electas. Desde luego, el nuevo orden jurídico de las relaciones colectiva procedente de la Ley del 2008 ha favorecido de forma expresa a los delegados de personal y a los miembros del comité de empresa, provocando una intromisión en el poder de negociación que ostentaban exclusivamente las representaciones sindicales. Ante la necesidad de preservar el papel de los sindicatos, la Ley de 2008 dio un giro inesperado y reforzó las garantías de éstos pues un acuerdo de empresa celebrado por las representaciones electas tiene que ser convalidado por la comisión paritaria del convenio de sector aplicable.

De todas maneras, la evolución de aquella doctrina nacida de la *Cour de Cassation* allá por el año 1995 contribuyó a reanudar un debate muy antiguo: acaso no sería necesario poner fin a este complejo doble canal de representación de los trabajadores y, al menos en las empresas con una plantilla inferior a 250, fusionar en una sola las representaciones electas y las sindicales. Numerosos proyectos de origen patronal se han elaborado al respecto; la Ley del 20 de agosto de 2008 abrió una brecha en el sistema de representación pues, además de atribuir un cierto poder de negociación a las representaciones electas, como se ha visto, exigió, como también se ha visto, que el sindicato representativo y el delegado sindical tuvieran una legitimidad electoral (el diez por ciento de los sufragios expresados a las elecciones); entonces por qué no ir más lejos y fusionar delegados de personal y delegados sindicales en, por ejemplo, un “representante sindical del personal” (“*Représentant syndical du personnel*”) que sería obligatorio en una plantilla de once o más trabajadores y que tuviese la condición de miembro del comité de empresa desde donde pudiera negociar ...⁴⁹.

⁴⁸ [En verdad, tenía que ver con las citadas leyes *Aubry I y II* (1998 y 2000) que limitaron la jornada a treinta y cinco horas semanales y que permitían su distribución flexible, en especial su cómputo anual. Para ello, era necesario celebrar un acuerdo de empresa y, hete aquí, que la ausencia de delegado sindical en ellas imposibilitaba la aplicación de la nueva jornada por no poder alcanzar tal acuerdo] Nota del traductor.

⁴⁹ Vid. al respecto la controversia entre F. Petit y G. Bélier, *Faut-il instaurer un canal unique de représentation dans l'entreprise?*, RDT 2/2010, p. 76 y las propuestas en este sentido realizadas por F. Petit.

Evidentemente, los sindicatos no están preparados para aceptar tales convulsiones. Sería, además, necesario remontarse a una Ley de 1993⁵⁰ para encontrar un texto que osase simplificar, todavía de forma modesta, las instituciones del personal permitiendo a las empresas con más de 200 trabajadores la posibilidad de fusionar, mediante decisión patronal unilateral, los mandatos (no las representaciones) de los delegados de personal que al tiempo fueren miembros del comité de empresa.

C) MEJORAR EL SISTEMA DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LAS MICROEMPRESAS

1. En las empresas que cumplen las condiciones legales (con plantillas de más de once o de más de cincuenta trabajadores)

Comiencese por algunos datos: el DARES⁵¹ (PIPS nº 44.2,2004) muestra que, en las empresas con menos de 50 trabajadores, el porcentaje de sindicalización sería del 3,5%, la presencia sindical en el lugar de trabajo del 8,3% y en la empresa del 19%.

En las empresas que alcancen los once asalariados se designará un delegado de personal, el cual, por voluntad de la ley, puede ser propuesto como delegado sindical por un sindicato representativo (sabiendo que para que éste exista es necesario normalmente que la empresa tenga 50 o más trabajadores). Pero esta opción no es muy recomendable pues el trabajador que ostente ambas condiciones no podrá, por ejemplo, sumar el crédito horario que proceda de cada uno de ellas.

En las empresas con 50 o más trabajadores, es necesario favorecer la implantación de los sindicatos y la designación por ellos de los delegados sindicales. Así se comprende que la jurisprudencia haya cejado, a partir de 1997, de exigir al sindicato representativo que desea designar a un delegado de sindical la prueba de los trabajadores afiliados a dicho sindicato que prestan servicios en la empresa. Y ello porque es sabido que la mayoría de los trabajadores afiliados preferirán abandonar el sindicado a exponerse a las represalias del patrono conocida ya su tendencia sindical ...

Pero para garantizar que la presencia del sindicato fuere real en la empresa, la Ley de 2008 volvió de nuevo a exigirle la prueba de los afiliados con los que contaba en aquélla. Se volvía al punto de partida. Otra vez la *Cour de Cassation* redujo el impacto de esta prueba y consideró suficiente con la concurrencia de dos trabajadores independientemente del tamaño de la empresa⁵². Incluso más, para evitar represalias empresariales contra éstos, la *Cour* añadió que cuando el sindicato aporte la prueba, y en cumplimiento del principio de contradicción, no debe precisar el nombre de los dos afiliados, pues dicho dato pertenece a su vida personal⁵³.

⁵⁰ [Se refiere a la Ley quinquenal de 20 diciembre 1993, relativa al trabajo, al empleo y a la formación profesional (*loi quinquennale n° 93-1313 du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle*)] Nota del traductor.

⁵¹ [Significa "*Direction de l'animation, de la recherche, des études et des statistiques*" y se trata de una dirección de la Administración central francesa que depende al tiempo de los Ministerios de Economía y de Trabajo, entre cuyas funciones se encuentra la elaboración de las estadísticas del mercado de trabajo] Nota del traductor.

⁵² Cass.Soc. 8 julio 2009, v. DS.

⁵³ Al respecto, vid. G.Loiseau, D. 2010.

2. En las microempresas que no cumplen las condiciones legales (con plantillas de menos de 11 trabajadores): las soluciones previstas en 2010

Según el estudio del Consejo de Análisis Estratégico (citado supra), la presencia sindical en un centro de trabajo con menos de 10 trabajadores no alcanza el 2%, en cambio en los centros con quinientos o más ronda el 80%. Aunque el ámbito de la microempresa se presenta muy diverso, tiene un aspecto en común: las relaciones institucionales entre trabajadores y empresarios son escasas.

El problema no es nuevo. Hace una treintena de años ya se intentó instituir una representación común que englobase a varias microempresas. En esta situación, sobrevino la reforma *Auroux* de 1982⁵⁴ que creó el llamado “delegado del lugar” (“*délégué de site*”) que aglutinaba a varias empresas ubicadas en un idéntico o parecido espacio aunque no compartiesen una misma actividad (por ejemplo, un centro comercial, un polígono de artesanos, etc.). El delegado del lugar puede tratar con los empresarios o sus representantes las cuestiones que interesan al conjunto de los asalariados de aquellos. Por desgracia, esta medida no tuvo el éxito deseado por la oposición de la patronal.

En fin, con la Ley de 20 agosto 2008 se remitió a la negociación interprofesional estatal la búsqueda de soluciones de la representación de los trabajadores de las microempresas. Una parte de los interlocutores sociales enviaron al Gobierno una propuesta común que contenía recomendaciones sobre el diálogo social en ese ámbito y sobre el método de medida de la audiencia de los sindicatos⁵⁵. La propuesta preconiza que “comisiones paritarias territoriales” garanticen la representación colectiva del personal de las microempresas. Estas comisiones pueden fomentar el diálogo social, informar y sensibilizar a empresarios y trabajadores sobre las normas laborales y, en particular, velar por la aplicación de los acuerdos colectivos de trabajo. A finales de marzo de 2010, el Ministro anunció un proyecto de ley al respecto.

⁵⁴ [Fue una reforma de calado que se articuló a través de las disposiciones siguientes: 1) *loi n°82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise*; 2) *loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel*; 3) *loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits du travail*; y 4) *loi n°82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail*] Nota del traductor.

⁵⁵ Vid. RDT 2/2010 p.72.

EL DERECHO BELGA DE SEGURIDAD SOCIAL EN POCAS PALABRAS. LAS PRINCIPALES LEYES Y REGLAMENTOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL BELGA*

[BELGIAN SOCIAL SECURITY LAW IN A NUTSHELL. THE MAIN ACTS AND REGULATIONS OF THE BELGIAN SOCIAL SECURITY]

Lina Kestemont

Sumario: I. UNA BREVE INTRODUCCIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL BELGA. II. LAS PRINCIPALES LEYES Y REGLAMENTOS BELGAS RELATIVOS A LOS RIESGOS Y PRESTACIONES SOCIALES. A) Vejez. B) Incapacidad laboral. C) Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. D) Desempleo. E) Asistencia sanitaria. F) Familia. G) Asistencia social. III. BASES DE DATOS GENERALES ONLINE.

Contents: I. A SHORT INTRODUCTION TO BELGIAN SOCIAL SECURITY. II. THE MAIN BELGIAN ACTS AND REGULATIONS CONCERNING SOCIAL RISKS AND BENEFITS. a) Old age. b) Incapacity for work. c) Industrial accidents and occupational diseases. d) Unemployment. e) Health care. f) Family. g) Social assistance. III. GENERAL ONLINE-DATABASES.

Resumen: El sistema belga de seguridad social es un complicado laberinto de regulaciones. Esto es, entre otras cosas, una consecuencia de la compleja división de poderes entre el Gobierno Federal, las Comunidades y las Regiones. A fin de clarificar esto, el siguiente artículo intenta dar una breve visión general de los principales Reglamentos y Leyes de la seguridad social belga. La primera sección dará una introducción concisa a la seguridad social belga mediante la descripción de la división de poderes en el área de la seguridad social, los caracteres generales del sistema belga de seguridad social y sus Leyes generales sobre seguridad social. La segunda sección analiza los principales Reglamentos en relación con los riesgos y prestaciones que están cubiertos por el sistema belga de seguridad social (vejez, incapacidad laboral, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, familia, salud y asistencia social). Este capítulo también describirá los principales recursos online sobre información relativa a los riesgos y prestaciones. Por último, se dará una visión general de las tres principales bases de datos online sobre legislación, jurisprudencia y doctrina belgas.

* Traducción al castellano, desde el inglés original, de Iván Vizcaino Ramos.

***Abstract:** The Belgian social security system is a complicated maze of regulations. This is, among other things, a consequence of the complex division of powers between the Federal Government, the Communities and the Regions. In order to clarify this, the following article attempts to give a short overview of the main regulations and acts of the Belgian social security. The first section will give a concise introduction to Belgian social security by describing the division of powers within the area of social security, the general character of the Belgian social security system and its general laws on social security. The second section discusses the main regulations with respect to the risks and benefits which are covered by the Belgian social security system (old age, incapacity for work, industrial accidents and occupational diseases, unemployment, family, health care and social assistance). This chapter will also outline the main online resources for information concerning risks and benefits. Finally an overview will be given of the three main online databases for Belgian regulation, jurisprudence and doctrine.*

Palabras clave: Seguridad social belga – principales Leyes y Reglamentos – recursos *online*.

***Keywords:** Belgian social security – main acts and regulations – online resources.*

* * *

I. UNA BREVE INTRODUCCIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL BELGA

Dado que Bélgica es un **Estado federal basado en un complejo sistema de división de poderes**, es importante examinar a quién se asigna la competencia relativa a la seguridad social. En general, la seguridad social es principalmente una competencia federal. El artículo 6 § 1, VI, 12° de la Ley excepcional sobre la reforma de las instituciones (1980) determina que el Gobierno federal es competente en exclusiva para la legislación laboral y la seguridad social. Esta competencia exclusiva fue concedida porque se vio como un camino perfecto para preservar la unidad económica y monetaria de Bélgica¹. No obstante, se concedieron algunos poderes a las Comunidades (de habla flamenca, de habla francesa y de habla alemana) y a las Regiones (Flandes, Valonia y Bruselas). Las Comunidades recibieron, entre otras, las competencias para formación profesional, cuidado de la salud, disposiciones orgánicas relativas a los Centros Públicos de Bienestar Social (*Openbare Centra voor Maatschappelijk Welzijn, O.C.M.W.*) y asistencia social a las personas y a las familias². Las Regiones tienen competencias con respecto a la política de vivienda y de empleo³. También han recibido algunas competencias en el área del desempleo⁴.

Esta breve descripción de la división belga de poderes relativa a la seguridad social suscita de inmediato la premonición de un conjunto confuso y complicado de normas de seguridad social. El ejemplo siguiente dado por PIETERS mostrará que esta premonición está justificada: las personas discapacitadas pueden contar con una Ley federal de 27 febrero 1987 con respecto a sus cotizaciones. Por otro lado, la formación profesional de una persona discapacitada es atendida por las Comunidades. Finalmente, la compensación financiera con respecto al empleo de una persona con discapacidad es una responsabilidad de las Regiones⁵.

Con respecto al **sistema belga de seguridad social**, necesita hacerse una distinción entre el sistema de aseguramiento social y el sistema de asistencia social. En lo que se refiere al *sistema de aseguramiento social*, Bélgica ha optado por una aproximación profesional: grupos profesionales específicos tienen regímenes específicos de aseguramiento⁶. Dentro de este sistema profesional hay que distinguir tres grupos: los trabajadores, los autónomos y los funcionarios. El *régimen de aseguramiento de*

¹ X, *Beknopt overzicht van de sociale zekerheid in België*, Bruselas, Ministerie van sociale zaken, volksgezondheid en leefmilieu, 1999, p. 9.

² Es importante remarcar que la competencia de asistencia a las personas y a las familias no incluye el poder de determinar, con respecto al mínimo de subsistencia, las condiciones para su concesión, la determinación de la cantidad mínima y la financiación. Esta competencia, en principio, tampoco comprende los subsidios por hijo, que sigue siendo una competencia federal. D. PIETERS, *The Social Security Systems of the Member States of the European Union*, Amberes, Intersentia, 2002, p. 23; X, *Beknopt overzicht van de sociale zekerheid in België*, Bruselas, Ministerie van sociale zaken, volksgezondheid en leefmilieu, 1999, p. 9; D. PIETERS y P. SCHOUKENS, *Inleiding tot het sociaal recht*, Lovaina, Acco, 2010, p. 163.

³ D. PIETERS, *The Social Security Systems of the Member States of the European Union*, Amberes, Intersentia, 2002, p. 23.

⁴ Relativas a las cotizaciones de financiación sobre los salarios de personas desempleadas a los que resulta difícil dar empleo, y relativas a la ejecución de medidas para dar empleo a personas desempleadas. Véase: D. PIETERS y P. SCHOUKENS, *Inleiding tot het sociaal recht*, Lovaina, Acco, 2010, p. 164; X, *Beknopt overzicht van de sociale zekerheid in België*, Bruselas, Ministerie van sociale zaken, volksgezondheid en leefmilieu, 1999, p. 9.

⁵ Este llamativo ejemplo se deriva de D. PIETERS y P. SCHOUKENS, *Triptiek Sociale Zekerheid. De beginselen van socialezekerheidsrecht en hun toepassing in België en Nederland*, Lovaina, Acco, 2006, p. 31-32.

⁶ X, *Beknopt overzicht van de sociale zekerheid in België*, Bruselas, Ministerie van sociale zaken, volksgezondheid en leefmilieu, 1999, p. 15.

asistencia es un sistema no contributivo de subsidios, dados en unas circunstancias específicas y sometidos a la prueba de recursos⁷. Este régimen garantiza las cotizaciones en relación con las personas con una discapacidad, una renta garantizada para las personas mayores, subsidios garantizados por hijo y un mínimo de subsistencia (salario mínimo). Hay que señalar que la Comunidad flamenca ha desarrollado recientemente un régimen universal de aseguramiento social para la asistencia a largo plazo (*Vlaamse Zorgverzekering*)⁸.

La complejidad del sistema belga de seguridad social provoca una **cantidad abrumadora de normas**. Los regímenes profesionales de aseguramiento social y los regímenes de asistencia social están —y necesitan estar— basados en una Ley formal⁹. En general, estas Leyes formales sólo son el marco de una normativa de seguridad social, y para entender completamente una regulación es esencial fijarse en los Decretos Reales y Ministeriales de ejecución¹⁰. Con respecto a las normas de seguridad social, quedan dos observaciones por hacer: en primer lugar, al lado de la legislación y los Decretos, se da una competencia especial para la elaboración de normas vinculantes a las instituciones independientes del Gobierno nacional¹¹. En segundo lugar, los convenios colectivos de trabajo (*collectieve arbeidsovereenkomsten, C.A.O.'s*) también pueden ser relevantes para los acuerdos de jubilación anticipada y los seguros complementarios¹².

Antes de enumerar las normas más importantes relativas a los riesgos y prestaciones sociales, se considerarán brevemente una importante **disposición constitucional** y dos **normas generales** relativas a la seguridad social. El artículo 23 de la Constitución belga prescribe que toda persona tiene derecho a llevar una vida decente. Este artículo incluye el derecho a la seguridad social, a la protección de la salud, a la asistencia social, médica y jurídica, el derecho a la vivienda y el derecho a la protección de un medioambiente saludable. Aunque se trata de disposiciones constitucionales, su efecto en el Derecho belga de Seguridad Social sigue siendo poco claro¹³. La ley de 29 junio

⁷ J. VAN LANGENDONCK y J. PUT, *Handboek socialezekerheidsrecht*, Amberes, Intersentia, 2006, p. 803.

⁸ Esta traducción al inglés del concepto belga (y casi todas las otras traducciones de este artículo) se derivan de las traducciones utilizadas por PIETERS en la descripción del sistema belga de seguridad social en *The Social Security Systems of the Member States of the European Union*, Amberes, Intersentia, 2002, p. 21-45.

⁹ Téngase en cuenta que un grupo importante de los regímenes de seguridad social de hoy en día no son hechos por el Parlamento, sino por el Gobierno. Esto es una consecuencia de la crisis económica que empezó en 1973, que provocó que los fondos públicos se viesen afectados, que la tasa de natalidad bajase y que aumentase el número de personas jubiladas. Para hacer frente a esta crisis se promulgó una Ley especial (2 febrero 1982) que dio poderes de emergencia (estatales) al Rey (*volmachtenwet*). Debido a este mandato, al Rey se le permitió tomar —en cooperación con el Gobierno— todas las medidas útiles con vistas a una recuperación económica y financiera y a la creación de empleo. Esto hizo posible ocuparse de cuestiones más sensibles fuera del Parlamento. Estos Reales Decretos especiales se pueden reconocer por el hecho de que se numeran. Por ejemplo: Real Decreto núm. 528 y núm. 530 de 31 marzo 1987, llevando a cabo la privatización en los sectores de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Véase: D. PIETERS y P. SCHOUKENS, *Inleiding tot het sociaal recht*, Lovaina, Acco, 2010, p. 164; W. VAN EECKHOUTTE, *Handboek Belgisch Socialezekerheidsrecht*, Malinas, Kluwer, 2009, p. 37.

¹⁰ D. PIETERS y P. SCHOUKENS, *Inleiding tot het sociaal recht*, Lovaina, Acco, 2010, p. 164.

¹¹ Aparte los temas bancarios y de cambio, la seguridad social es la única área en el Derecho belga donde esta clase de poder normador se da a tales instituciones. Ejemplos de estas clases de instituciones son el comité directivo del Servicio de Prestaciones del Instituto Nacional del Seguro de Enfermedad e Incapacidad (*Rijksdienst voor ziekte-en invaliditeitsverzekering, R.I.Z.I.V.*) y el comité directivo del Instituto Nacional de los Servicios de Empleo (*Rijksinstituut voor arbeidsvoorziening, R.V.A.*). Véase: D. PIETERS, *The Social Security Systems of the Member States of the European Union*, Amberes, Intersentia, 2002, p. 23; J. VAN LANGENDONCK y J. PUT, *Handboek socialezekerheidsrecht*, Amberes, Intersentia, 2006, p. 151.

¹² D. PIETERS y P. SCHOUKENS, *Inleiding tot het sociaal recht*, Lovaina, Acco, 2010, p. 165.

¹³ D. PIETERS y P. SCHOUKENS, *Triptiek Sociale Zekerheid. De beginselen van socialezekerheidsrecht en hun toepassing in België en Nederland*, Lovaina, Acco, 2006, p. 31.

1981 relativa a los principios generales de seguridad social de los trabajadores contiene algunos derechos fundamentales de seguridad social. Sin embargo, el efecto de esta ley no debería sobrevalorarse¹⁴: por un lado, hay que ver esta Ley como una declaración de intenciones para la elaboración de las disposiciones en otra legislación. Por otro lado, sólo unos pocos artículos de esta Ley han sido ya ratificados.

Una segunda Ley general importante (11 abril 1995) se refiere a la introducción de la carta de la (persona) socialmente asegurada. El propósito de esta Ley era hacer más accesibles y transparentes las distintas normas de seguridad social¹⁵. Para alcanzar este objetivo, se consideró esencial la armonización de algunas reglas administrativas y procesales para todos los grupos profesionales e, incluso, para la asistencia social.

II. LAS PRINCIPALES LEYES Y REGLAMENTOS BELGAS RELATIVOS A LOS RIESGOS Y PRESTACIONES SOCIALES

En vista de la complejidad del sistema belga de seguridad social (carácter profesional de los regímenes de seguridad social, división de competencias, etc.), para analizar las principales Leyes y Reglamentos del sistema belga de seguridad social, se utilizará una división basada en los diferentes riesgos y prestaciones.

A) Vejez

Con respecto al riesgo de vejez, cada grupo profesional tiene su propio Reglamento. Para los trabajadores, es importante el Real Decreto núm. 50 sobre la jubilación y la pensión anticipada de los trabajadores de 24 octubre 1967 (*Pensioenwet werknemers*). El sistema de pensiones de los autónomos está en gran parte determinado por el Real Decreto núm. 72 de 10 noviembre 1967, sobre la jubilación y la pensión anticipada de los autónomos (*Pensioenwet zelfstandigen*). Las pensiones de los funcionarios públicos se basan en la Ley de 21 julio 1844, sobre pensiones religiosas y civiles.

Aunque cada grupo profesional tiene su propio régimen, es necesario mencionar que ha habido una armonización de cierto alcance de estos distintos regímenes de pensiones. El 15 mayo 1984 se dictó una Ley sobre medidas para la armonización de los regímenes de pensiones. Esta Ley se orientó hacia los principios generales comunes de cada uno de los tres grupos profesionales, e introdujo algunas reglas comunes¹⁶.

Sitios web relevantes

Trabajadores: www.onprvp.fgov.be/Pages/Landingpage.aspx
(Idiomas: holandés, francés, alemán)

Autónomos: www.rsvz.be/nl/selfemployed/pension/index.htm
(Idiomas: holandés, francés, alemán e inglés)

Funcionarios: www.pdos.fgov.be/pdos/news/index.htm
(Idiomas: holandés, francés y alemán)

¹⁴ W. VAN EECKHOUTTE, *Handboek Belgisch Socialezekerheidsrecht*, Malinas, Kluwer, 2009, p. 41-42.

¹⁵ W. VAN EECKHOUTTE, *Handboek Belgisch Socialezekerheidsrecht*, Malinas, Kluwer, 2009, p. 49.

¹⁶ X, *Beknopt overzicht van de sociale zekerheid in België*, Bruselas, Ministerie van sociale zaken, volksgezondheid en leefmilieu, 1999, p. 198.

B) Incapacidad laboral

En relación con el sistema de los trabajadores, el riesgo de enfermedad e incapacidad fue atendido por la segunda parte de la Ley de coordinación de 14 julio 1994, relativa al seguro obligatorio de atención y prestaciones sanitarias. También se incluyó el seguro de maternidad¹⁷. El sistema de seguro de enfermedad, incapacidad y maternidad de los autónomos se basa en el Real Decreto de 20 julio 1971¹⁸. El personal estatutario nombrado como personal gubernamental disfruta de otro régimen más favorable¹⁹.

Sitios web relevantes

Trabajadores y funcionarios: www.riziv.fgov.be/homenl.htm

(Idiomas: holandés y francés)

Autónomos: www.rsvz.be/nl/selfemployed/healthinsurance/index.htm

(Idiomas: holandés, francés, alemán e inglés)

C) Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

Del riesgo de accidentes de trabajo de los trabajadores se ocupa la Ley de 10 abril 1971 sobre accidentes de trabajo.

Los autónomos no tienen un seguro obligatorio de accidentes de trabajo. En caso de un accidente como éste, tienen que recurrir a su seguro de enfermedad o su seguro complementario voluntario que cubre accidentes de trabajo.

Para los funcionarios civiles y militares, se elaboró legislación especial relativa a los accidentes de trabajo, principalmente la Ley de 3 julio 1967 relativa a la prevención de los daños y perjuicios debidos a los accidentes de trabajo *in itinere*, y para las enfermedades profesionales. Aunque el ámbito de aplicación y la reparación son similares a las de los trabajadores, existen diferencias²⁰.

El riesgo de enfermedades profesionales de los trabajadores no está integrado dentro de la norma sobre accidentes de trabajo, sino que se trata en una norma separada especial de coordinación: la Ley de 3 junio 1970 sobre prevención de enfermedades profesionales y la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por estas enfermedades. Aunque este riesgo es esencialmente similar al riesgo de accidentes de trabajo, el legislador optó por cubrir este riesgo con una legislación separada específica por dos razones: en primer lugar, la dificultad de detectar la naturaleza, la causa y el desarrollo de una enfermedad profesional y, en segundo lugar, el hecho de que surjan enfermedades profesionales y/o a menudo no se detecten inmediatamente, cuando el trabajador, por ejemplo, ya está trabajando para otro empresario²¹. Por lo tanto, se necesita una solidaridad especial de los empresarios, que se refleja en una cotización solidaria²².

¹⁷ D. PIETERS y P. SCHOUKENS, *Inleiding tot het sociaal recht*, Lovaina, Acco, 2010, p. 209.

¹⁸ D. PIETERS y P. SCHOUKENS, *Inleiding tot het sociaal recht*, Lovaina, Acco, 2010, p. 211.

¹⁹ J. VAN LANGENDONCK and J. PUT, *Handboek socialezekerheidsrecht*, Amberes, Intersentia, 2006, p. 778.

²⁰ W. VAN EECKHOUTTE, *Handboek Belgisch Socialezekerheidsrecht*, Malinas, Kluwer, 2009, p. 132.

²¹ J. VAN LANGENDONCK and J. PUT, *Handboek socialezekerheidsrecht*, Amberes, Intersentia, 2006, p. 395.

²² X, *Beknopt overzicht van de sociale zekerheid in België*, Bruselas, Ministerie van sociale zaken, volksgezondheid en leefmilieu, 1999, p. 380.

Para los funcionarios, el riesgo de enfermedad profesional se incluye en su legislación sobre accidentes de trabajo, y se completa con un Real Decreto especial sobre enfermedades profesionales²³.

Sitios web relevantes

Trabajadores: www.fao.fgov.be/index.html, *accidentes de trabajo:*

(Idiomas: holandés, francés y alemán)

www.fbz.fgov.be: *enfermedades profesionales*

(Idiomas: holandés, francés y alemán)

Autónomos: www.afa.fgov.be/afa/afa_nl.html: *amianto*

(Idioma: holandés y francés)

D) Desempleo

Con respecto al desempleo, los principales Reglamentos para los trabajadores son el Real Decreto de 25 noviembre 1991, sobre la regulación del desempleo, y el Decreto Ministerial de 26 noviembre 1991, sobre las medidas de aplicación de la regulación del desempleo. Con respecto a los funcionarios, el personal contratado laboralmente y el personal estatutario temporal caen en el ámbito de aplicación de la legislación sobre desempleo de los trabajadores. El personal estatutario fijo sólo puede ser despedido, en circunstancias normales, por causa de la pérdida del interés del servicio, o por causa del despido por razones disciplinarias²⁴. Cuando esto sucede, el empleado público despedido cae temporalmente dentro del ámbito de aplicación de la legislación sobre desempleo de los trabajadores, para recibir prestaciones temporales durante el tiempo necesario²⁵. Los autónomos no están nunca cubiertos por un seguro de desempleo. Sin embargo, existe un seguro para autónomos en caso de quiebra no fraudulenta²⁶. Esta protección se refiere sobre todo a mantener los derechos a la asistencia sanitaria y los subsidios por hijos durante un año después de la quiebra, y a recibir temporalmente una prestación fija²⁷. Este seguro también es aplicable a autónomos no comerciantes, pero que se encuentran con la imposibilidad de pagar sus deudas exigibles, y desde 2009 también a los autónomos que se vieron obligados a poner fin a sus actividades profesionales por circunstancias fuera de su control²⁸.

Sitios web relevantes

Trabajadores: www.rva.be

(Idiomas: holandés, francés, alemán y el informe anual de 2009 puede consultarse en inglés)

²³ Real Decreto de 5 enero 1971, relativo a daños y perjuicios por enfermedades profesionales en el sector público.

²⁴ W. VAN EECKHOUTTE, *Handboek Belgisch Socialezekerheidsrecht*, Malinas, Kluwer, 2009, p. 242; J. VAN LANGENDONCK y J. PUT, *Handboek socialezekerheidsrecht*, Amberes, Intersentia, 2006, p. 778.

²⁵ J. VAN LANGENDONCK y J. PUT, *Handboek socialezekerheidsrecht*, Amberes, Intersentia, 2006, p. 779; D. PIETERS y P. SCHOUKENS, *Inleiding tot het sociaal recht*, Lovaina, Acco, 2010, p. 217.

²⁶ Real Decreto de 18 noviembre 1996, relativo a disposiciones financieras y disposiciones varias con respecto al estatuto social de los autónomos. Este Decreto ha sido desarrollado por Real Decreto de 6 julio 1997.

²⁷ D. PIETERS y P. SCHOUKENS, *Inleiding tot het sociaal recht*, Lovaina, Acco, 2010, p. 226.

²⁸ J. VAN LANGENDONCK y J. PUT, *Handboek socialezekerheidsrecht*, Amberes, Intersentia, 2006, p. 740; X, *Beknopt overzicht van de sociale zekerheid in België*, Bruselas, FOD Sociale Zekerheid, 2004, p. 464; D. PIETERS y P. SCHOUKENS, *Inleiding tot het sociaal recht*, Lovaina, Acco, 2010, p. 226.

Autónomos: www.rsvz.be/nl/selfemployed/bankruptcyinsurance/index.htm
(Idiomas: holandés, francés, alemán e inglés)

Funcionarios: www.rva.be
(Idiomas: holandés, francés, alemán y el informe anual de 2009 puede consultarse en inglés)

E) Asistencia sanitaria

La Ley de coordinación de 1994 relativa al seguro obligatorio de asistencia y prestaciones médicas ofrece en su primera parte una regulación con respecto a las cotizaciones para la financiación de la asistencia sanitaria. Al igual que con el seguro de incapacidad, el ámbito de aplicación es amplio: trabajadores, autónomos y empleados por el gobierno²⁹. Cabe señalar que hasta recientemente los autónomos no estaban asegurados para los llamados pequeños riesgos (por ejemplo, ayuda médica ocasional, cirugía menor, medicación utilizada en períodos fuera del hospital, etc.). La aplicación de este tipo de seguro para autónomos fue posible por la Ley de 26 marzo 2007, sobre diversas disposiciones relativas a la integración de los pequeños riesgos en el seguro obligatorio de asistencia médica para autónomos.

Sitios web relevantes

Trabajadores y funcionarios: www.riziv.fgov.be/homenl.htm
(Idiomas: holandés y francés)

Autónomos: www.rsvz.be/nl/selfemployed/healthinsurance/medical_care.htm
(Idiomas: holandés, francés, alemán e inglés)

F) Familia

Aunque actualmente esto se debate intensamente, el sistema belga de subsidios familiares tiene un carácter profesional. Los sistemas de trabajadores y de funcionarios son similares, a pesar de una pequeña diferencia³⁰, mientras que los autónomos tienen otro régimen de subsidios familiares. El sistema de subsidios por hijo para trabajadores puede basarse en el Real Decreto de 19 diciembre 1939, que coordinó diferentes normas relativas a subsidios por hijo. Aunque el régimen de subsidios por hijo para autónomos ha ido creciendo hacia el de los trabajadores y el de los funcionarios, han quedado algunas diferencias³¹. Este sistema para los autónomos se basa en la Ley de 29 marzo 1976, relativa a los subsidios por hijo para autónomos.

²⁹ A pesar de algunas excepciones.

³⁰ Dentro del sistema de los funcionarios, se da un suplemento por hijos de funcionarios que ejercen sus funciones en el extranjero por un periodo superior a seis meses. D. PIETERS y P. SCHOUKENS, *Inleiding tot het sociaal recht*, Lovaina, Acco, 2010, p. 229.

³¹ Por ejemplo: en el sistema de autónomos se da un subsidio por hijo más bajo por el primer hijo. D. PIETERS y P. SCHOUKENS, *Inleiding tot het sociaal recht*, Lovaina, Acco, 2010, p. 229; X, *Beknopt overzicht van de sociale zekerheid in België*, Bruselas, FOD Sociale Zekerheid, 2004, p. 378.

Sitios web relevantes

Trabajadores y funcionarios: www.rkw.be

(Idiomas: holandés, francés y alemán)

Autónomos:

www.rsvz.be/en/selfemployed/familyallowance/index.htm

(Idiomas: holandés, francés, alemán e inglés)

G) Asistencia social

El régimen de asistencia social cubre cuatro prestaciones principales: subsidio familiar garantizado (*gewaarborgde kinderbijslag*), una renta mínima garantizada para discapacitados (*inkomensvervangende tegemoetkoming aan gehandicapten*), una renta mínima garantizada para mayores (*gewaarborgd inkomen voor bejaarden*) y un salario mínimo/mínimo de subsistencia (*bestaansminimum*). Estas prestaciones se caracterizan por una prueba de recursos. El subsidio familiar garantizado fue creado por la Ley de 20 julio 1971, sobre establecimiento del subsidio familiar garantizado. Esta Ley posibilita, por hijos cuyos padres quedan fuera de los regímenes profesionales de subsidios familiares, que se continúe percibiendo un subsidio por hijo. La Ley de 27 febrero 1987, relativa a la cotización para personas discapacitadas, quiere proteger a las personas con discapacidad física/psíquica que ganan (menos de) un tercio de lo que ganaría una persona sin discapacidad en el mercado de trabajo general. El riesgo de las personas mayores que tienen insuficientes medios de vida lo protege la Ley de 22 marzo 2001, relativa al establecimiento de una renta garantizada para personas mayores. El Gobierno garantiza una renta mínima para estas personas. Por último, la Ley de 26 mayo 2002, relativa al derecho a la integración social se ocupa del mínimo de subsistencia para personas que no tienen (en ningún caso) suficientes medios de vida a su disposición.

Sitios web relevantes

Subsidio familiar garantizado:

www.rkw.be/nl/Allowance/gfaBelgiumWho.php

(Idiomas: holandés, francés y alemán)

Renta mínima garantizada para discapacitados:

www.handicap.fgov.be/nl/about/dgph.htm

(Idiomas: holandés, francés, alemán e inglés (versión limitada))

Renta mínima garantizada para mayores:

www.onprvp.fgov.be/NL/pension/igo/Pages/default.aspx

(Idiomas: holandés, francés y alemán). El sitio web está siendo actualmente puesto al día (octubre 2010), pero todavía hay un enlace a la versión antigua del sitio web.

Mínimo de subsistencia:

www.socialsecurity.be/CMS/nl/citizen/displayThema/private_life/PRITH_5.xml

(Idiomas: holandés, francés y alemán)

III. BASES DE DATOS GENERALES *ONLINE*

Para llevar a cabo una investigación más en profundidad del sistema belga de seguridad social, se pueden recomendar tres relevantes bases de datos *online*.

En primer lugar, existe el sitio web www.juridat.be. Esta base de datos *online* (gratuita) contiene todas las normas (importantes) de Bélgica: Leyes, Reales Decretos, Decretos Ministeriales, Códigos, reglamentaciones de las Comunidades y de las Regiones, circulares ministeriales, etc. Además de las normas, este sitio web también proporciona importantes decisiones de las cortes de instancia, de las cortes de apelación, de las cortes constitucionales y de la Corte de Casación. Esta información, sin embargo, sólo puede consultarse en holandés, francés y, algunas veces, en alemán.

En segundo lugar, existe un sitio web más específico relativo al Derecho del Trabajo y al Derecho de la Seguridad Social: www.juridisk.be. Esta base de datos (gratuita) ofrece directamente la legislación relevante, la jurisprudencia y la doctrina con respecto a un determinado riesgo o prestación. La información se limita a los regímenes de seguridad social de trabajadores y de autónomos, y puede consultarse en holandés o francés.

En tercer lugar, existe www.jura.be, que fue recientemente puesta al día. Esta base de datos contiene una impresionante cantidad de legislación, jurisprudencia y doctrina, relativa a todas las áreas del Derecho en Bélgica. El acceso a esta base de datos no es gratuito. Los idiomas disponibles son el holandés y el francés.

REFERENCIAS

PIETERS, D. y SCHOUKENS, P., *Triptiek Sociale Zekerheid. De beginselen van socialezekerheidsrecht en hun toepassing in België en Nederland*, Lovaina, Acco, 2006, 282 p.

PIETERS, D., *The Social Security Systems of the Member States of the European Union*, Amberes, Intersentia, 2002, 329 p.

PIETERS, D. y SCHOUKENS, P., *Inleiding tot het sociaal recht*, Lovaina, Acco, 2010, 257 p.

VAN LANGENDONCK, J. y PUT, J., *Handboek socialezekerheidsrecht*, Amberes, Intersentia, 2006, p. 803.

VAN EECKHOUTTE, W., *Handboek Belgisch Socialezekerheidsrecht*, Malinas, Kluwer, 2009, 461 p.

X, *Beknopt overzicht van de sociale zekerheid in België*, Bruselas, Ministerie van sociale zaken, volksgezondheid en leefmilieu, 1999, 506 p.

X, *Beknopt overzicht van de sociale zekerheid in België*, Bruselas, FOD Sociale Zekerheid, 2004, 554 p.

LAS PEQUEÑAS EMPRESAS Y EL DERECHO ALEMÁN DEL TRABAJO*

[SMALL ENTERPRISES AND THE GERMAN LABOR LAW]

Eva Kocher

Sumario: I. EL DERECHO DEL TRABAJO, ¿SEPULTURERO DE LA CLASE MEDIA? II. LOS UMBRALES EN EL DERECHO ALEMÁN DEL TRABAJO. A) ¿QUÉ UMBRALES HAY? B) ¿QUIÉN COMPUTA? C) MAGNITUD DE REFERENCIA: ¿CENTRO DE TRABAJO O EMPRESA? III. JUSTIFICACIÓN DE LOS UMBRALES PARA LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR. A) SOBRE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE PEQUEÑAS Y GRANDES EMPRESAS. B) SOBRE EL CÁLCULO DE LOS EMPLEADOS A TIEMPO PARCIAL. C) LA NECESIDAD DE LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO. IV. FORMAS ALTERNATIVAS DE REGULACIÓN. A) PROCEDIMIENTO DE CONTRIBUCIÓN Y APOYO ESTATAL. B) COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL. V. ¿OBSTÁCULO PARA EL EMPLEO?

Contents: I. LABOR LAW, A GRAVEDIGGER OF THE MIDDLE CLASS? II. THE THRESHOLDS IN GERMAN LABOR LAW. A) WHAT THRESHOLDS ARE THERE? B) WHO ACCOUNTS? C) THE REFERENT TO ACCOUNT: FACTORY OR ENTERPRISE? III. JUSTIFICATION OF THE THRESHOLDS TO PROTECT THE EMPLOYEE. A) ABOUT THE DISTINCTION BETWEEN SMALL AND BIG ENTERPRISES. B) ABOUT THE CALCULATION OF PART-TIME EMPLOYEES. C) THE NECESSITY TO PROTECT AGAINST DISMISSALS. IV. ALTERNATIVE FORMS OF REGULATION. A) THE CONTRIBUTIONS PROCEDURE AND THE STATE SUPPORT. B) COMPATIBILITY WITH THE CONSTITUTIONAL LAW. V. AN OBSTACLE TO EMPLOYMENT?

Resumen: Este artículo trata de los diversos umbrales existentes en el Derecho alemán del Trabajo, con la finalidad de marcar las fronteras entre pequeñas y no pequeñas empresas. El más importante es el relativo a la Ley de Protección contra el Despido. La autora concluye afirmando que el Derecho del Trabajo no es un obstáculo para la creación de empleo por las pequeñas empresas.

Abstract: This article deals with the several thresholds existing in German Labor Law, in order to mark the borders between small and non-small enterprises. The most important is the one relating to the Act about Protection against Dismissals. The author concludes affirming that Labor Law is not an obstacle to create jobs by small enterprises.

Palabras clave: Alemania – Derecho del Trabajo – Umbrales – Pequeñas empresas.

Keywords: Germany – Labor Law – Thresholds – Small enterprises.

* * *

* Traducción al castellano, desde el alemán original, de Jesús Martínez Girón.

I. EL DERECHO DEL TRABAJO, ¿SEPULTURERO DE LA CLASE MEDIA?

Ulrich Zachert tuvo durante mucho tiempo una caricatura favorita en su despacho. En ella se representaba cómo daba a conocer Moisés los Diez Mandamientos al bajar del Monte Sinaí. Levanta la mano un oyente desde el público, y pregunta: «¿y qué pasa con las pequeñas y medianas empresas?».

Él bien podía haber empleado la caricatura, cuando en Alemania se discutía enérgicamente en torno a qué empresas y centros de trabajo debían exceptuarse de la aplicación de las disposiciones jurídico-laborales, especialmente de la protección frente al despido. Después reaccionó también el «Editorial» de Uli, que escribió para una de las principales revistas prácticas de Derecho alemán, la «Neue Juristische Wochenschrift». El Editorial lleva el título «El Derecho del Trabajo, ¿sepulturero de la clase media?»¹, y con él se refería Ulrich Zachert a que por aquel entonces «apenas [transcurrió] una semana en la que no oímos que el Derecho del Trabajo era un obstáculo decisivo o, incluso, el obstáculo decisivo para la mejora del mercado de trabajo. En especial, las pequeñas y medianas empresas no podían desarrollarse bajo las numerosas regulaciones burocráticas».

A continuación la respuesta de Uli: Examinó las cuestiones antes en otras páginas, y preguntó dónde están los motivos reales de las insolvencias empresariales, que también ponen en peligro los puestos de trabajo. Vio los motivos, ante todo, en una extremadamente baja cuota de capital propio de las pequeñas y medianas empresas, así como en una cualificación insuficiente y fallos de gestión del propietario: fijó su atención entonces en el papel de los bancos, y recomendó

- Eliminar el problema de liquidez facilitando el acceso al crédito,
- Aliviar durante un tiempo determinado los impuestos (y la presión fiscal) para crear empresas que consigan puestos de trabajo,
- Así como apoyar profesionalmente durante el primer año a los empresarios jóvenes y amantes del riesgo.

En consecuencia, estaba completamente en la línea de la Unión Europea, que hasta la Carta Europea para las Pequeñas Empresas de 2001², no identificó el Derecho del Trabajo como principal problema de las pequeñas y medianas empresas, sino la dotación de capital, así como la información y la formación de los empresarios³.

Pero en Alemania esta discusión está siempre conectada con el papel de la llamada «clase media». La réplica de Abbo Junker al Editorial de Ulrich Zachert⁴ no llevaba casualmente el título «Derecho del Trabajo, crisis del empleo y clase media». «Clase media» es un concepto sumamente ambiguo. Se emplea, en parte, para todas las pequeñas y medianas empresas, pero también, en parte, sólo para las empresas familiares. La clase media no rige sólo económicamente como núcleo del modelo económico alemán

¹ Editorial NJW, Cuaderno 23/2004.

² http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/charter/docs/charter_en.pdf.

³ Véase también Comisión Europea, Comunicación «Think Small First». A «Small Business Act» for Europe COM(2008) 394 fin.

⁴ Abbo Junker, Editorial, NJW Cuaderno 42/2004.

y principal fuerza motora de la economía. Está, también, políticamente muy cerca del concepto de burguesía o, en su caso, sociológicamente de la noción de nivel social con ingresos medios. «Clase media» será a menudo lo mismo que clase media sociológica.

El principal argumento contra Ulrich Zachert fue, por consiguiente: el Derecho del Trabajo pone «trampas», «que persistentemente quitan las ganas de emplear trabajadores a la clase media», dado que estas empresas, a diferencia de los juristas internos de las grandes empresas, no tendrían la posibilidad a través de la formación o por otros caminos de confiar en las abiertas y escondidas reglas del Derecho. Con la misma entalladura, Roland Wolf, jurista de la Unión Federal de Asociaciones Empresariales Alemanas, hace poco en una polémica a favor y en contra con el iuslaboralista Wolfgang Däubler: el Derecho del Trabajo es un «grave obstáculo a superar» para las pequeñas y medianas empresas⁵.

El centro de este debate era la exigencia de diferenciar más fuertemente en el Derecho del Trabajo los centros de trabajo y las empresas grandes. El objetivo del debate era, en última instancia, la protección contra el despido. Tuvo una función importante sobre la operatividad del conjunto del Derecho del Trabajo: quien no tiene ninguna protección contra el despido, tampoco confiará en reclamar sus derechos como trabajador. La protección contra el despido es incluso para los empleados en pequeñas empresas posiblemente más importante que en otros ámbitos, pues el riesgo de despido es

- En centros de trabajo de hasta 20 trabajadoras y trabajadores, probablemente el doble que en centros de trabajo con un número de empleados de entre 20 y 50 trabajadores,
- Cuatro veces mayor que en centros de trabajo de 300 a 2000 trabajadores,
- Y casi siete veces mayor que en los grandes centros de trabajo de más de 2000 trabajadores⁶.

Ya se ha tratado mucho el ámbito de aplicación de la Ley de Protección contra el Despido (KSchG). El Gobierno Kohl comenzó ya 1985 con la «Ley de Promoción del Empleo», que entre otras cosas, en el cálculo del número de empleados a efectos de la KSchG, no dejaba computar los empleados a tiempo parcial de hasta 10 horas por semana. Una de las últimas actuaciones del Gobierno Kohl en el año 1996 fue la «Ley de Promoción del Empleo Jurídico-laboral», con la que el umbral de empleados se subió de «más de cinco» a «más de diez». Schröder ganó las elecciones de 1998, con la promesa, entre otras, de hacer cancelar de nuevo estos y otros desmontajes sociopolíticos, lo que entonces sucedió también inmediatamente. Pero 5 años más tarde le dio la vuelta el Gobierno verdi-rojo con la «Ley para Reformar el Mercado de Trabajo» (una de las Leyes Hartz), de nuevo con el incremento del umbral a «más de diez». En consecuencia, se ha extraído a una parte muy importante de la manufactura, del comercio al por menor, de las empresas agrícolas y de las empresas de los pertenecientes a profesiones libres de la protección contra el despido⁷.

A pesar de todo, se exigió que se subiese de nuevo el umbral. El Señor Wolf, el ya citado representante de la Unión Federal de Asociaciones Empresariales Alemanas, ha exigido de nuevo hace poco, que la KSchG deba regir sólo para empresas con más

⁵ ZRP 8/2009, p. 255 «Pro & Contra»: Heraufsetzung der Schwellenwerte im Arbeitsrecht?

⁶ BVerfG 1 BvL 15/87, Marginal 44.

⁷ BVerfG 1 BvL 15/87, Marginal 44.

de 20 trabajadores⁸. En el año 2003, exigió el entonces Presidente de la Asociación Federal de la Industria Alemana, Michael Rogowski, elevar en la Alemania del Este el número a 80, «al menos como ensayo de modelo»⁹.

El enfrentamiento ocurrió otra vez en el año 2004, entonces en la Jornada de Juristas Alemanes, un Congreso que tiene lugar cada dos años, en el que la plana reunida de los y las juristas aprueba recomendaciones al legislador, que tienen un peso cierto en el público. En este encuentro se originó también el Editorial de Ulrich Zachert. La sección jurídico-laboral de la 65ª Jornada de Juristas Alemanes (djt) de 2004, en Bonn, se había propuesto como tema «El Derecho del Trabajo entre el mercado y los desafíos de la política societaria: ¿diferenciar según empresas grandes? Estructuras justas familiares». Abbo Junker realizó el informe sobre él, y una de las comunicaciones se encargó a Heide Pfarr.

Heide Pfarr ya había dirigido años antes la colección de investigación «REGAM» («Regulación del Mercado de Trabajo»), un proyecto investigador interdisciplinar, que averiguaba hechos empíricos sobre la protección contra el despido. El trasfondo de estas investigaciones era la reflexión: «La elaboración de preceptos jurídico-laborales [...] debe guiarse por hechos empíricos y, en consecuencia, por la realidad empresarial. Esto vale también cuando la realidad jurídica es poco clara y compleja»¹⁰. «De ahí que fuese irracional y constitucionalmente inadmisibles tratar desigualmente a los empleados, sin el correspondiente fundamento empírico y, en ese caso, garantizar menos protección social a un grupo que a otros»¹¹.

Esta reunión de la sección jurídico-laboral condujo en la votación a un escándalo, que fue, por otra parte, el fundamento de que la siguiente sección jurídico-laboral de 2006, en Stuttgart, solamente adoptase el acuerdo de no adoptar ningún acuerdo. La violencia, con las posiciones recíprocas enfrentadas, y la insolencia de las «marchas» de las y los juristas de empresa (que ciertamente no participaron en la discusión, pero que se arremolinaron para venir a votar) hizo fácil leer un resultado de votación escandaloso: con 23: 50: 9 votos, fue *rechazada* la declaración de que «debe tener preferencia más flexibilidad antes que mera desregulación». La DJT fue, por consiguiente, de la opinión de que podía tener preferencia la mera desregulación sobre una mayor flexibilidad. Y: la Jornada de Juristas Alemanes se permitió no adoptar, para confirmarlo expresamente, que no se interesa por los fundamentos empíricos de la legislación. Rechazó (con 15: 55: 15 votos) «[que se aceptasen] ante todo, las investigaciones representativas fundadas en la ciencia social y llevadas a cabo el año pasado sobre la creación y finalización de la relación laboral, en especial, sobre las repercusiones reales de la protección legal contra el despido, como una contribución importante para garantizar una discusión político-jurídica racional». No sorprende que, según uno de los acuerdos, el umbral de la protección contra el despido debía subirse a veinte¹².

⁸ Wolf, ZRP 2009.

⁹ FAZ 0.2.2003, 13 (Junker/Dietrich, 1057).

¹⁰ Declaración de Prensa del WSI de 22.9.2004 sobre el DJT 2004.

¹¹ Heide Pfarr, Tesis 2 para la Ponencia del DJT 2004.

¹² Acuerdo 4 (cuando el umbral se refiera a la empresa, al menos 50). La votación aquí: 59: 20: 7.

II. LOS UMBRALES EN EL DERECHO ALEMÁN DEL TRABAJO

Hay ya muchos umbrales en el Derecho alemán del Trabajo: éstos han surgido históricamente, no sincrónicamente juntos, lo que da lugar a un cuadro extraordinariamente multicolor.

A) ¿QUÉ UMBRALES HAY?

En el Derecho colectivo del Trabajo hay umbrales de gran importancia (no me ocuparé aquí de las disposiciones sobre cogestión en la empresa, en cuyos ámbitos de aplicación juegan su papel umbrales de 50, 100 y 1000 trabajadores). En la cogestión en el centro de trabajo, el parágrafo 1 I 1 de la Ley de Organización de la Empresa (BetrVG) exige un número mínimo de empleados de cinco trabajadoras y trabajadores. Los derechos del comité de empresa están de nuevo diferenciados según el tamaño del centro de trabajo: así, la cogestión sobre medidas individuales de personal, al igual que la contratación y el traslado, requiere más de 20 trabajadoras y trabajadores (parágrafo 99 de la BetrVG). El mismo umbral se aplica en el parágrafo 111 de la BetrVG (negociaciones y deber de plan social, en caso de modificaciones del centro de trabajo). Hay que constituir un comité económico, en caso de más de 100 empleados (parágrafo 106 I 1). En caso de más de 500 trabajadores/as, el comité de empresa puede exigir el establecimiento de normas electorales (parágrafo 95 II 1). Sólo en caso de más de 1000 empleados, la empresa está obligada a informar por escrito sobre la situación económica y el desarrollo de la empresa (parágrafo 110 I). Además, el procedimiento de elección del comité de empresa en centros de trabajo de 5 a 50 empleados está simplificado (parágrafo 14a; según el parágrafo 14a V, el procedimiento electoral simplificado puede acordarse igualmente en centros de trabajo de 51 a 100 empleados).

Un ámbito ulterior, en el que frecuentemente existen umbrales, es el de la prevención de riesgos laborales (protección de la salud y seguridad de los empleados). Así, en caso de más de diez trabajadores/as, debe instalarse un local de descanso (parágrafos 29 I 1 y 47 I 1 del Reglamento de Lugares de Trabajo - ArbStättVO). En caso de más de cinco, debe haber aseos separados para ambos sexos, así como para los pertenecientes al centro de trabajo y clientes/as (parágrafo 37 I 2 y 3 del ArbStättVO). En relación con ello, hay umbrales para crear locales sanitarios y de limpieza. En caso de más de veinte trabajadores/as, se inserta el deber de constituir un comité de prevención de riesgos laborales (parágrafo 11, inciso 1, de la Ley de Seguridad del Trabajo - ASiG). Los centros de trabajo de hasta 10 empleados no deben documentar la valoración de riesgos laborales del puesto de trabajo (parágrafo 6 I 3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales - ArbSchG).

En el Derecho individual del Trabajo, se aplican umbrales más raramente y sólo para menos derechos. Así, existe el derecho a la reducción de la jornada (parágrafo 15 VII 1 Núm. 1 de la Ley Federal del Subsidio Parental y del Permiso Parental - BEEG, y parágrafo 8 de la Ley sobre Trabajo a Tiempo Parcial y Contratos de Trabajo a Plazo - TzBfG) sólo cuando el empresario, como regla, emplee más de quince trabajadoras y trabajadores. A partir de veinte empleados, debe contratarse al menos un/a incapacitado/a permanente (parágrafo 71 del Libro IX del Código de Seguridad Social). El derecho a liberarse del trabajo para el cuidado de parientes próximos en el entorno familiar existe sólo (parágrafo 3 I 2 de la PfllegeZG) cuando el empresario tiene más de 15 empleados.

En caso de cinco o menos empleados, el llamamiento a filas para el servicio militar puede ser un motivo importante para el despido (parágrafo 2 III 2 de la Ley de Protección del Puesto de Trabajo). Los plazos extintivos sólo puede acortarse por contrato individual, en caso de más de veinte empleados (parágrafo 622 V 1 Núm. 2 del BGB). El deber de anuncio en caso de despidos colectivos requiere igualmente, según el parágrafo 17 I 1 de la KSchG, que estén empleados más de veinte trabajadores/as.

Según el parágrafo 1, apartado 1, número 1, de la Ley de Trato Igual (AAG), las Cajas del Seguro de Enfermedad reembolsan a los empresarios con no más de 30 trabajadores y trabajadoras el 80 por ciento del subsidio de incapacidad temporal que éstos deben pagar en caso de enfermedad. Por lo demás, el dinero se recauda aquí a través del procedimiento contributivo, del que todavía me ocuparé con más precisión.

Y por último, el umbral más importante: en la redacción actual de la KSchG, la protección contra el despido exige, como regla, que estén empleados más de diez trabajadores/as en el centro de trabajo. No obstante, la Ley contiene una complicada reglación de la protección existente: si en el centro de trabajo hay más de cinco (antiguos) trabajadores/as empleados, que ya estuvieran empleados en el centro de trabajo el 31.12.2003, entonces éstos tienen protección contra el despido (parágrafo 23 I 2 y 3 de la KSchG)¹³.

No obstante, en los 160 umbrales computables en conjunto de este modo, no sólo cuentan las justificaciones detalladas aquí para pequeñas y medianas empresas, sino también escalonamientos o requisitos mínimos para poder reclamar¹⁴. Así está graduado, por ejemplo, el número de los miembros del comité de empresa según el número de empleados (parágrafo 9 de la BetrVG). Lo mismo se aplica para el cálculo de las liberaciones de los miembros del comité de empresa (parágrafo 38 I de la BetrVG), para la determinación de la existencia de un despido colectivo (parágrafo 17 I de la KSchG) o para el número de incapacitados permanentes que hay que emplear, según el parágrafo 71 del Libro IX del Código de Seguridad Social.

Una unificación de los umbrales comprensiva de todos los ámbitos es sencillamente una ilusión. La Jornada de Juristas Alemanes (DJT), que había pedido ésto en el año 2004, exige simultáneamente que los derechos de participación del comité de empresa debían ser diferenciados con más intensidad, según el correspondiente tamaño de empresas y centros de trabajo. Esta contradicción entre posiciones de intereses dispares difícilmente podía dejarse diluir en una fórmula sencilla.

B) ¿QUIÉN COMPUTA?

Puede decirse, con generalidad relativa, que en Derecho colectivo del Trabajo, en especial en la BetrVG, los empleados se computan por cabezas¹⁵. Sin embargo, ocurre lo contrario según la KSchG: allí se computan los empleados a tiempo parcial sólo pro rata temporis, en virtud de su parcialidad temporal. Los empleados a tiempo parcial con hasta 10 horas de trabajo semanal computan 0'25, hasta 20 horas 0'5 y hasta 30 horas 0'75 (parágrafo 23 I 4 de la KSchG). Esta regla también se ha plasamado en otras

¹³ Para la interpretación BAG 21.9.2006 – 2 AZR 840/05, NZA 2007, 438; Bauer/Krieger, DB 2004, 651.

¹⁴ Wolf, ZRP 2009.

¹⁵ De igual modo § 8 VII TzBfG.

Leyes laborales. Parágrafo 2 III 3 de la ArbPlSchG, parágrafo 6 I 4 de la ArbSchG, parágrafo 11, inciso 1, de la ASiG, y parágrafo 622 V 2 del BGB.

Los trabajadores/as a domicilio y contratados para su formación computan en el Derecho colectivo del Trabajo. No obstante, los trabajadores directivos se excluyen del ámbito de aplicación de la BetrVG. En cambio, en el Derecho individual del Trabajo no computan en general los contratados para su formación, de igual modo que menos los trabajadores/as a domicilio; por supuesto, los trabajadores directivos forman parte de éstos¹⁶.

El número mínimo de empleados no debe alcanzarse en un día prefijado. Los textos legales contienen casi directamente valores «planos» y se detienen en el número «normal» de empleados. Las formulaciones hablan a veces de empleado «como regla», a veces de empleado «fijo». A efectos de interpretación, ambos significan lo mismo. El número de empleados se averigua a través de retrospectivas y avances informativos, para lo cual se computan principalmente plazos anuales. En ese caso, no se trata de valores promediados, sino del valor «normal». Dado que se trata del número de puestos de trabajo, también es irrelevante si éstos están ocupados con empleados fijos o a plazo¹⁷.

El parágrafo 3 I 2 de la AAG contiene una regulación legal, que en el resto de las Leyes sólo se deduce por interpretación. Allí se dice que el empresario «como regla» no emplee más de 30 trabajadores y trabajadoras, cuando en el año natural precedente no ha empleado más de 30 trabajadores y trabajadoras, en un período de al menos ocho meses naturales.

C) MAGNITUD DE REFERENCIA: ¿CENTRO DE TRABAJO O EMPRESA?

Según las reglas comunes, debiera llegarse objetivamente a cuántos trabajadores y trabajadoras emplea un empresario determinado. Éste es también el criterio en casi todas las Leyes sobre Derecho individual del Trabajo. Con otras palabras, esto significa que se utiliza la «empresa».

Pero muchas empresas tienen varios «centros de trabajo». Este concepto es un concepto central de la organización de la empresa¹⁸. Dado que se elige un comité de empresa por cada centro de trabajo, naturalmente también debe ponerse el umbral de la BetrVG sobre el número de empleados, en el centro de trabajo.

Es inusual, sin embargo, que también el umbral de la KSchG se ponga en el centro de trabajo. El uso de este concepto en el parágrafo 23 de la KSchG tiene fundamentos históricos. Tradicionalmente, la protección contra el despido estaba anclada en la Ley de Organización de la Empresa y restringida a los centros de trabajo, en los que existe una representación de comité de empresa¹⁹. Esta conexión está hoy ciertamente disuelta, a pesar de que la KSchG utiliza la noción de centro de trabajo. Éste es sólo uno de los problemas sobre los que tuvo que decidir, en 1998, el Tribunal Federal Constitucional (BVerfG).

¹⁶ Junker/Dietrich, NZA 2003, 1060.

¹⁷ Junker/Dietrich, 1059; 1061.

¹⁸ Junker/Dietrich, NZA 2003, 1060; Richardi/Richardi, § 1 BetrVG, Rn 3.

¹⁹ Cfr. Joost, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, 1988, p. 335 ss. BVerfG 1 BvL 15/87, BVerfGE 97, 169-186.

III. JUSTIFICACIÓN DE LOS UMBRALES PARA LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR

«Los números producen la impresión de que el legislador trata precisamente con el orden [...]; luego los números indican la mayor racionalidad. Empieza ya aquí nuestra desconfianza. ¿Por qué no se utilizan 11, 13, 17, 19? ¿Son menos racionales que 12, 14, 16 ó 18?»²⁰. La irracionalidad de límites fijos también conduce a que todo umbral numérico recupere el peligro de las modificaciones orientadas a un objetivo, y así tendencialmente conduce a un mal funcionamiento de los centros de trabajo y unidades empresariales. Pero la irracionalidad de los límites fijos es también un problema constitucional, pues plantea la cuestión del trato igual.

El BVerfG decidió en 27.1.1998, en dos decisiones, la constitucionalidad de la cláusula de pequeña empresa en la protección contra el despido. En estos casos, hubo que responder dos cuestiones:

- ¿Es conforme con el principio de igualdad (artículo 3 I de la Constitución Federal) excluir la protección contra el despido para los empleados en pequeñas empresas?
- ¿Puede en general restringirse la protección contra el despido?

A) SOBRE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE PEQUEÑAS Y GRANDES EMPRESAS

En la primera decisión²¹, se trató la conformidad con el principio de igualdad de trato (Art. 3 I de la Constitución Federal). En el procedimiento originario, se trataba de un panadero cualificado nacido en 1941, que ya estaba empleado por el empresario desde mayo 1968, el cual tenía entonces cuatro trabajadores y dos ocupados para su formación. El empresario extinguió la relación laboral en virtud de plazo, por causa de una enfermedad de larga duración del panadero. Éste no podía invocar ninguna protección contra el despido, dado que el umbral había sido elevado dos años antes por el Gobierno Kohl, por medio de la Ley laboral de Promoción del Empleo de 1968, de cinco a diez trabajadores/as.

El Tribunal llegó a la conclusión de que el párrafo 23, apartado 1, inciso 2, de la KSchG, ciertamente perjudica a los trabajadores/as de empresas pequeñas en comparación con los trabajadores de empresas grandes. No obstante, no apreció ninguna violación de la igualdad: el trato desigual está objetivamente justificado, a través de la especial posición de intereses del empresario en las empresas más pequeñas.

La especial posición de intereses que vio allí es que en las empresas con menos mano de obra el éxito del negocio depende más de cada trabajador individual que en las grandes empresas. En su capacidad de producción jugarían asimismo marcas de personalidad, que daban significado al trabajo conjunto, la eficacia externa y el clima empresarial. Los equipos pequeños son propensos a descontentos y querellas. Dichas perturbaciones del clima empresarial podrían conducir a minoraciones de la producción, que en caso de un volumen reducido de negocio podrían filtrarse perceptiblemente en el resultado. Las caídas sólo se dejan compensar con firmeza, con la existencia de un

²⁰ Junker/Dietrich citan también Großfeld, Zeichen und Zahlen im Recht, 1993, 76.

²¹ 1 BvL 15/87, BVerfGE 97, 169-186.

descenso de personal. Y típicamente, en las pequeñas empresas el propio empresario colabora como jefe en el tajo. En consecuencia, la relación de confianza recibe en cada uno de sus colaboradores un umbral especial. También la ordinariamente reducida capacidad financiera cae por su peso. Una empresa pequeña no está frecuentemente en posición de pagar indemnizaciones por extinción de la relación laboral, o de compartir menor capacidad de producción, menores necesidades o también sólo menos personal grato. Finalmente, soporta también el esfuerzo administrativo que implica un proceso de protección contra el despido, más fuerte para la empresa pequeña que para una empresa grande.

Ciertamente, hay numerosas empresas altamente automatizadas con una plantilla pequeña, tan fuertes financieramente, que podría exigírseles sin más la protección legal contra el despido. A pesar de ello, la BetrVG significó que el legislador ha encontrado un trazado de límites, que encuentra los grupos de pequeños empresarios dignos de protección «con una precisión notable».

Pero con esta justificación la desigualdad de trato hace surgir un problema: pues la Ley está atada al concepto de «centro de trabajo». Pero en el caso de que el centro de trabajo sea parte de una empresa más grande, no son correctos, sin embargo, los puntos de vista que justifican sólo el perjuicio de los trabajadores de pequeñas empresas en la organización de la protección contra el despido: aquí surge el trabajador concreto, precisamente no de gran peso, como en las «verdaderas» pequeñas empresas.

Ciertamente, el BVerfG opinó en el fallo que no había que poner reparos a que el legislador se haya aferrado al concepto «centro de trabajo» como rasgo diferencial. Pero ésto sólo podía justificarse, en cuanto que decretó una interpretación conforme a la Constitución del concepto de centro de trabajo. En consecuencia, a los efectos de la KSchG, hay que restringir «centro de trabajo» a las unidades en las que está objetivamente fundado el perjuicio de los trabajadores afectados.

B) SOBRE EL CÁLCULO DE LOS EMPLEADOS A TIEMPO PARCIAL

La decisión paralela del mismo día²² se refería al caso de un limpiador de edificios y cristales con una jornada semanal ordinaria de 40 horas. Estaba empleado con el empresario desde el 2 mayo 1988. Éste extinguió la relación laboral entonces, por causa de conducta incumplidora. La plantilla se componía de 5 trabajadores con una jornada de más de diez horas semanales de trabajo. Probablemente, 45 trabajadores más estaban ocupados con un alcance reducido, parcialmente sólo con dos horas por semana. No se trataba entonces, por ningún lado, de una empresa pequeña. No obstante, tampoco existía aquí protección contra el despido, según la situación legal de entonces. Pues entre 1985 y 1986 no se computaban las trabajadoras y trabajadores cuya jornada ordinaria no sobrepasase 10 horas semanales o 45 horas al mes, en el número de empleados a que se refiere el parágrafo 23 de la KSchG.

Eso resultaba problemático desde el punto de vista europeo, porque con ello, ante todo, los puestos de trabajo de las mujeres caían en el ámbito de aplicación y surgía, por

²² BVerfG 1 BvL 22/93, BVerfGE 97, 186-197.

consiguiente, la cuestión de una posible discriminación indirecta, por causa de sexo²³. Pero ante todo, se sujetaban ahora a la regulación también empresas con un número muy grande de empleados marginales, que desde el punto de vista de la estructura organizativa y de la fuerza administrativa tenían menos en común con las pequeñas empresas típicas. Una especial y protegida relación de confianza, con estrecha colaboración personal, entre empresario y trabajador, no existe en empresas tan grandes. Ciertamente, corresponde al BVerfG tener que generalizar las regulaciones legales para los fenómenos masivos, como las extinciones decretadas por el empresario. Sin embargo, con la regulación existente, el legislador ha sobrepasado su poder de tipificación.

Sin embargo, como consecuencia, no se declaró la inconstitucionalidad de la Ley, sino también mantener aquí como posible una interpretación de conformidad con la Constitución. Ciertamente, el tenor de la Ley comprende aquí también grandes empresas con muchos empleados marginales. Sin embargo, no se podía permanecer anclado en el tenor literal, sino que también se debería ponderar el sentido y objetivo, según la voluntad del legislador. El legislador de 1985 había esperado un incremento de los puestos de trabajo a tiempo parcial, quería dejar sin ponderar los correspondientes trabajadores a tiempo parcial en la averiguación del número de empleados, que por causa de su prestación laboral marginal apenas juegan un papel en el tamaño de la empresa. El legislador se había basado entonces reconociblemente, en que para la contratación de un cuarto de mano de obra en una empresa pequeña por circunstancias de carácter técnico-laboral, se estiraban límites reducidos. En los casos como el de una empresa de tintorería, en los que las trabajadoras y trabajadores empleados a tiempo parcial juegan un papel considerable en la prestación empresarial, no se había pensado.

Por último, el BVerfG exigió entonces que la redacción legal de 1985 se aplicase así, al igual que se establece sólo desde 1996 y hasta hoy: la mano de obra a tiempo parcial se computará pro rata temporis; también los empleados marginales se tendrán en cuenta en ese caso (a razón de 0'25).

C) LA NECESIDAD DE LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO

El BVerfG tuvo que decidir, además, si en general es constitucionalmente admisible exceptuar a grupos determinados de trabajadoras y trabajadores de la protección contra el despido. Respondió afirmativamente a la cuestión, aunque con una reserva importante: la que señala que la protección ante despidos arbitrarios no sólo puede derivarse de la KSchG, sino también del Derecho Civil general.

Desde entonces, se pondera justamente, como desde antiguo, si tampoco puede surgir de las cláusulas generales jurídico-civiles (parágrafo 138 del BGB: prohibición de negocios jurídicos contrarios a las buenas costumbres) una protección mínima segura, ante el ejercicio del derecho de despedir contrario a la buena fe y a las buenas costumbres. La violación de las buenas costumbres se determina en ese caso, entre otras cosas, según el «contenido objetivo» de los derechos constitucionales; y el artículo 12 de la Constitución Federal también contiene una protección mínima del puesto de trabajo, constitucionalmente ofrecida en las pequeñas empresas, ante el perjuicio por decisión privada.

²³ Junker, NZA 2003, 1060.

Según la decisión de 1998, se ven como motivos arbitrarios o, en su caso, inadecuados las extinciones basadas ya no sólo en extinciones que directamente violan derechos de la personalidad, como, por ejemplo, extinciones por causa de la homosexualidad del trabajador²⁴.

Como incumplimiento de los derechos constitucionales (y en consecuencia, contra la buena fe y confianza), se considera ahora, también, que el empresario, que tiene que hacer una selección de los trabajadores despedidos, no observe una medida mínima de respeto social. Dicha violación puede existir cuando es evidente que el trabajador despedido está necesitado de protección social importante, según sus datos de Seguridad Social, al igual que un trabajador readmitido comparable²⁵. Así se declaró ineficaz, por ejemplo, el despido de un vidriero/montador en una empresa pequeña, que era siete años mayor que un colega comparable, que tenía cargas familiares muy grandes, así como una antigüedad en la empresa de 31 ½ años (mientras que el colega sólo estuvo empleado por el empresario 1 ½ año)²⁶. También el despido de un trabajador con 18 años de duración del empleo en una pequeña empresa fue declarado ineficaz, porque nunca antes estuvo enfermo grave y sólo tenía una grave y larga enfermedad propia, que había probado tener un pronóstico de salud favorable²⁷.

4. FORMAS ALTERNATIVAS DE REGULACIÓN

De todos modos, juega mucho el que el recortamiento de los derechos del trabajador servirá para modificar poco la situación de los problemas de las pequeñas y medianas empresas. Pero el Derecho del Trabajo podría, si quiere reaccionar entonces ante los problemas abordados por el BVerfG, aplicarse en dos puntos: en el déficit de información de las pequeñas y medianas empresas, o en la escasa base financiera.

En relación con el déficit de información, sólo muy brevemente: también los resultados de las investigaciones del REGAM han dado noticia de que los problemas con la protección contra el despido en las pequeñas empresas son posiblemente, ante todo, un problema de acceso a la información correcta. Un buen ejemplo es aquí el que alrededor de dos tercios (64%) de todas las pequeñas empresas de hasta cinco trabajadores han valorado erróneamente en los cuestionarios la relevancia de la Ley de Protección contra el Despido. Eran de la opinión de que deberían mantenerse en la KSchG, aunque éste (como yo aquí he expresado) nunca fue el caso.

Si dichos diagnósticos debían fortalecerse por medio de resultados de investigación ulteriores, entonces deben ir por ahí los esfuerzos de las asociaciones y cámaras, pero también del Gobierno federal, para mejorar ante todo el asesoramiento jurídico-laboral en las pequeñas empresas.

A) PROCEDIMIENTO DE CONTRIBUCIÓN Y APOYO ESTATAL

Por lo que respecta a la escasa garantía de capital, hay ya una serie de modelos regulatorios, con los que puede ahí reaccionar el Derecho del Trabajo. Ya se mencionó el reembolso del subsidio de incapacidad temporal en caso de enfermedad, en

²⁴ BAG, 23.6.1994 - 2 AZR 617/93, BAGE 77, 128. 133s.

²⁵ BAG 21.2.2001 - 2 AZR 15/00, AP Nr. 12 zu § 242 BGB Kündigung.

²⁶ LAG Düsseldorf 3.11.2008 - 14 Sa 1034/08, LAGE § 1 BetrVG 2001 Nr 2.

²⁷ ArbG Reutlingen 20.10.1998 - 1 Ca 397/86, NZA-RR 1999, 82-85.

empresas de hasta 30 empleados. Este dinero reembolsado se aplicó a través de un procedimiento de contribución en estas empresas, el llamado procedimiento «U 1» (el «procedimiento de compensación salarial»). El procedimiento de compensación funciona entonces de acuerdo con el principio de aseguramiento.

A través de dicha cooperación supraempresarial ordenada legalmente, se compensan los mayores perjuicios por el cauce de la autoayuda colectiva de los medianos. De manera parecida funciona el parágrafo 19 de la ASiG: la obligación del empresario de tener médicos de empresa y especialistas en seguridad del trabajo puede también cumplirse por medio de que se sujete al empresario a un servicio supraempresarial de médicos de empresa o de especialistas en seguridad del trabajo. En el ámbito del prestamismo laboral, hay autorizaciones legales especiales para la cooperación supraempresarial en relación con el ingreso de personal en empresas medianas con menos de 50 empleados. Estas empresas pueden flexibilizar el ingreso de personal supraempresarialmente, al intercambiarse recíprocamente colaboradores/as²⁸.

En el ámbito de la primera formación profesional en el sistema dual, rige el parágrafo 10, apartado 5, de la BbiG: para cumplir las obligaciones contractuales de los formandos, varias empresas pueden cooperar en una asociación de formación (formación asociativa). Para la cualificación y formación profesional continuada, hay de nuevo preceptos convencionales, que igualmente prevén dicho modelo de compensación supraempresarial. Un ejemplo es el convenio colectivo de eficacia general en la industria de la construcción de 29.1.1987, según el cual se le paga a cada empresa una contribución por puesto de aprendizaje específico de la rama en las Cajas de Compensación Salarial y de Compensación de Vacaciones, asimismo organizadas supraempresarialmente. Con este procedimiento de contribución se pagan los costes de la formación en la industria de la construcción.

B) COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Hay todavía un segundo procedimiento de contribución junto al del subsidio de incapacidad temporal en caso de enfermedad. El segundo procedimiento se llama «U 2», y aplica una contribución para los costes de protección de la maternidad y embarazo de las trabajadoras. Este procedimiento fue ampliado a todas las empresas con efectos de 1.1.2006, y con seguridad porque el Tribunal Federal Constitucional había declarado inconstitucional en el año 2003 la restricción a las pequeñas empresas²⁹.

Ante todo, se trata justamente de una subvención a pagar por el empresario para el subsidio de maternidad. Aquí hay siempre una contribución estatal o, en su caso, de las Cajas del Seguro de Enfermedad; en ese caso, se trata de una cantidad fija (13 euros al día). El empresario tiene que pagar la contribución diferenciada sobre el salario neto, esta parte es entonces variable. Dado que la parte estatal no se había cambiado desde 1968, la parte empresarial se había convertido con el tiempo en la prestación principal. Y dado que el procedimiento de compensación y de contribución estaba restringido

²⁸ Volker Döhl/Thomas Lacker/Michael Stöhr, Über Firmengrenzen hinweg. Neue Formen der Zusammenarbeit im Mittelstand, Handbuch des Firmenverbundes, München (www.isf-muenchen.de/pdf/perflexhandbuch.pdf). Markus Hertwig, Kollegiale Arbeitnehmerüberlassung. Möglichkeiten und Risiken des zwischenbetrieblichen Personaltransfers auf Basis von Tarifverträgen, Informe Conclusivo del Proyecto de Investigación, Düsseldorf 2007.

²⁹ BVerfG, 18.11.2003, AP Nr. 23 zu § 14 MuSchG 1968.

hasta 2005 a las pequeñas empresas, quedaba una parte importante de las empresas fuera de este procedimiento.

El BVerfG había ya revisado en 1974 esta regulación, desde el punto de vista de la igualdad de trato sexual³⁰. Pues a través de ello los empresarios que por encima del promedio emplean muchas mujeres con salarios altos eran peor tratados que los empresarios con trabajadoras en su mayor parte mal pagadas. Y naturalmente los empresarios estaban más fuertemente sobrecargados por emplear más mujeres en edad de procrear.

Mientras que en 1974 esto era aún aceptado, el BVerfG declaró en el año 2003 inconstitucional la Ley, por causa de sus efectos en el mercado de trabajo. Pues la carga con los costes de la maternidad puede tener una potencial «eficacia fiscal negativa», que no es compatible con el principio del trato igual de los sexos (artículo 3, apartado 2, de la Constitución Federal). Eran de temer los obstáculos para el empleo de las mujeres en edad de procrear.

Pero el BVerfG sabía que el procedimiento de compensación y de contribución de las pequeñas empresas ya no liga la carga del coste al empleo de mujeres. Pues pueden no tener influencia en su propia carga a través de su conducta de contratación. El procedimiento de compensación y de contribución es, por consiguiente, un medio apropiado para evitar cargas desiguales a las empresas con una diferenciadamente alta porción de mujeres y, en consecuencia, para contrarrestar la discriminación indirecta de las mujeres en el mercado de trabajo. Pues la ayuda de contribución se calculaba según el salario total de los empleados (con independencia del número de mujeres empleadas). En promedio, los pagos ascendían a menos del 0,2% de la suma salarial.

Desde entonces se ha ampliado el procedimiento U2 a todas las empresas.

V. ¿OBSTÁCULO PARA EL EMPLEO?

Ya Ulrich Zachert se dirigió contra la afirmación de que las empresas más pequeñas prescindirían de contratar mano de obra adicional, dado que temían perder en caso contrario sus privilegios, porque con la contratación del sexto empleado (u hoy, en su caso, del decimoprimer) todos los empleados podían reclamar protección contra el despido³¹. Y también el BVerfG ha expresado justamente, en su decisión sobre la cláusula de pequeña empresa en el año 1998, que el argumento «obstáculo para el empleo» puede carecer de fundamento para el tratamiento especial de las pequeñas y medianas empresas. Aquí ya es cuestionable si el número de empleados tiene en general fuerza informativa, y no más bien el volumen de ventas³².

Pero es verdaderamente alarmante con qué ignorancia empírica se lleva a cabo la discusión jurídico-política para la organización del mercado alemán de trabajo. Ocurre que en un ensayo jurídico hay que leer: «se corresponde con la opinión casi unánime en la doctrina científica, que la muy amplia protección contra el despido existente en

³⁰ BVerfG, 23.4.1974, BVerfGE 37, 121.

³¹ Projekt Regulierung des Arbeitsmarktes (REGAM); Colaboradores del Proyecto: Prof. Dr. Heide Pfarr, Silke Bothfeld, Dr. Lutz C. Kaiser, Martin Kimmich, Andreas Peuker, Karen Ullmann, 2003: „Die Geltung des Kündigungsschutzgesetzes in den Kleinbetrieben – Wirklichkeit und Wahrnehmung“.

³² Ramm, AuR 1991, 257, 261; cfr. Junker/Dietrich, NZA 2003, 1059.

Alemania representa un obstáculo para el empleo»³³. Pero las justificaciones listadas con acribia en la nota a pie de página se refieren exclusivamente a literatura jurídica especializada, en la que igualmente pocas justificaciones empíricas cabe encontrar, de donde el rechazo homónimo en «opinión unánime» de los colegas especializados³⁴. Esto sólo puede significar una cosa: los juristas conocen «su» realidad, y este conocimiento también se deja enturbiar de mala gana por medio de hechos. Más correcta es simplemente la tesis que Uli citaba en su Editorial: supuesto que el Derecho del Trabajo en su conjunto se aboliera de hoy para mañana en Alemania, presumiblemente poco cambiaría económicamente —descontado el perjuicio para la justicia social³⁵.

Realmente es una lástima que se haya ido perdiendo el foco donde existen los problemas reales de las pequeñas empresas: en realidad, debería discutirse más allá, acerca de cómo se logran relaciones hasta cierto punto democráticas en las pequeñas empresas actuales³⁶. Podrían así presentarse, p.ej., modelos para la representación de intereses supraempresariales (por ejemplo, en la manufactura). Ulrich Zachert ha discutido una vez junto con el Juez Gerhard Binkert cómo podrían parecer la huelga y las negociaciones colectivas en Shopping Malls y centros comerciales —los «problemas jurídicos en caso de huelga en la “verde pradera”»³⁷. Quizá deberíamos nosotros aquí pensar más.

³³ Busch, *Betriebs-Berater* 2003, p. 470 (471).

³⁴ Karen Ullmann, *Der deutsche Kündigungsschutz – kein Hemmschuh für mehr Beschäftigung*, *Frankfurter Rundschau*, 20.9.2003, página 7.

³⁵ Loritz., *ZfA* 2003, 629, 640 s.

³⁶ Däubler, *ZRP* 2009.

³⁷ *NZA* 1998, 337-342.

EL CAPÍTULO V DEL TÍTULO II DEL CÓDIGO DE TRABAJO DE RUMANÍA, SOBRE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. ESTUDIO CONTEXTUALIZADOR Y COMPARADO CON EL DERECHO ESPAÑOL, Y TRADUCCIÓN CASTELLANA

[CHAPTER V OF TITLE II OF THE RUMANIAN LABOR CODE. A COMPARATIVE STUDY IN CONTEXT WITH SPANISH LAW, AND TRANSLATION INTO CASTILIAN]

Oana Dariana Lazarescu

Sumario: I. APROXIMACIÓN AL CAPÍTULO V DEL TÍTULO II DEL CÓDIGO RUMANO DEL TRABAJO. II. COINCIDENCIAS CON LA SECCIÓN CUARTA DEL CAPÍTULO III DEL TÍTULO I DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES ESPAÑOL. III. DIFERENCIAS CON LA SECCIÓN CUARTA DEL CAPÍTULO III DEL TÍTULO I DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES ESPAÑOL. IV. CONCLUSIONES. V. APÉNDICE DOCUMENTAL.

Contents: I. APPROACH TO CHAPTER V OF TITLE II OF THE RUMANIAN LABOR CODE. II. SIMILARITIES WITH SECTION FOURTH OF CHAPTER III OF TITLE I OF THE SPANISH WORKERS' STATUTE. III. DIFFERENCES WITH SECTION FOURTH OF CHAPTER III OF TITLE I OF THE SPANISH WORKERS' STATUTE. IV. CONCLUSIONS. V. DOCUMENTARY APPENDIX.

Resumen: Este trabajo analiza la parte del Código rumano del Trabajo que trata de la extinción del contrato de trabajo, comparándola con la parte correspondiente del Estatuto español de los Trabajadores. Por primera vez, se acompaña de una traducción al castellano de tal parte del Código rumano del Trabajo.

Abstract: This work analyses the part of the Rumanian Labor Code dealing with the termination of the contract of employment, comparing it with the corresponding part of the Spanish Workers' Statute. For the first time, it accompanies a translation into Castilian of such part of the Rumanian Labor Code.

Palabras clave: Rumanía – Derecho del Trabajo – Extinción del contrato de trabajo.

Keywords: Romania – Labor Law – Termination of the contract of employment.

* * *

I. APROXIMACIÓN AL CAPÍTULO V DEL TÍTULO II DEL CÓDIGO RUMANO DEL TRABAJO

1. A diferencia de lo que sucede en España, pero también a diferencia de lo que sucede en Francia y en Portugal¹, la legislación laboral rumana se encuentra contenida en un único instrumento normativo, que es el Código del Trabajo (*Codul Muncii*). En cuanto al contraste con la legislación laboral española, baste indicar que está todavía pendiente de cumplimiento el contenido de la disposición adicional octava del Estatuto de los Trabajadores de 1995, relativa a la existencia —de momento, sólo un futuro— de un «Código de Trabajo»². Y en cuanto a Francia y Portugal, porque el Código del Trabajo de Rumanía es un verdadero Código integral, que contiene las normas reguladoras del Derecho individual del Trabajo, del Derecho colectivo del Trabajo e, incluso, del Derecho procesal del Trabajo. En Rumanía, ha existido codificación del Trabajo desde el año 1950, en que se materializó el primer Código del Trabajo durante la presidencia del Sr. Constantin Ion PARHON (1947-1952). A este primer Código le siguió el segundo Código rumano del Trabajo, promulgado en el año 1972, durante la presidencia del Sr. Nicolae CEAUCESCU (1967-1989). El tercer Código del Trabajo, que es el actualmente vigente —y al que nos vamos a referir en este modesto trabajo de investigación—, fue promulgado por la Ley 53/2003, de 1 marzo, durante el cuarto mandato presidencial del Sr. Ion ILIESCU (2000-2004), coetáneamente a la modificación operada el propio año 2003 en la vigente Constitución democrática de Rumanía de 1991. El texto original rumano de este Código resulta pública y gratuitamente accesible en Internet, a través del sitio del Ministerio de Trabajo, ubicado en www.mmuncii.ro³.

2. Formalmente hablando, no cabe afirmar que el Código rumano del Trabajo sea un Código gigantesco, puesto que formalmente consta de 298 artículos (*articole*), aunque haya preceptos vacíos de contenido y otros con numeración duplicada. Este conjunto de preceptos aparece agrupado en trece Títulos, de los cuales el Título I trata de las «Disposiciones generales [*Dispoziții generale*]», artículos 1 a 9, mientras que el Título XIII contiene las «Disposiciones transitorias y finales [*Dispoziții tranzitorii și finale*]», artículos 292 a 298. Los Títulos que demuestran el carácter integral de este Código son tres, a saber: 1) el Título II, que es el que regula lo concerniente al Derecho individual del Trabajo, en sus aspectos más esenciales, bajo el rótulo «Contrato individual de trabajo [*Contractul individual de muncă*]», artículos 10 a 107; 2) el Título VIII, que es el que trata —siempre en sus aspectos más esenciales— del Derecho colectivo del Trabajo, bajo el rótulo «Convenios colectivos de trabajo [*Contractele colective de muncă*]», artículos 236 a 247; y 3) el Título XII, que trata sumariamente de las estructuras del Derecho procesal del Trabajo, bajo el rótulo «Jurisdicción de trabajo [*Jurisdicția muncii*]», artículos 281 a 291. De estos tres Títulos evidenciadores de la integralidad del Código, el que nos interesa considerar con cuidado es el Título II; y

¹ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 15 y ss.

² Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 26.

³ Utilizando sucesivamente los enlaces «Legislación [*Legislație*]», «Trabajo [*Munca*]» y «Legislación de Trabajo, relaciones laborales [*Legislație muncii, relații de muncă*]».

dentro de él, todo su Capítulo V (rotulado «Extinción del contrato individual de trabajo [*Încetarea contractului individual de muncă*]»)⁴, cuyo tenor —al menos hasta la fecha en que esto escribo— fue modificado últimamente por la Ordenanza de Urgencia núm. 55/2006, de 30 agosto, con la finalidad de completar la adaptación del ordenamiento laboral rumano al Derecho social comunitario, vista la entonces inminente integración de Rumanía en la Unión Europea, que se produjo con fecha de efectos 1 enero 2007⁵. Y el plan de trabajo que vamos a seguir, para tratarlo, es el siguiente.

3. En primer lugar, utilizar un término de comparación, que reconducimos —por razones de identidad temática— a la Sección Cuarta (rotulada «Extinción del contrato») del Capítulo III del Título I del Estatuto de los Trabajadores español, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo, artículos 49 a 57, cuyo texto resulta pública y gratuitamente accesible —en versión consolidada— en el sitio en Internet del *Boletín Oficial del Estado*, ubicado en www.boe.es⁶. En segundo lugar, con la finalidad de probar la bondad del término de comparación elegido, proceder a desmenuzar las coincidencias más sustanciales existentes entre los dos bloques normativos que nos proponemos tratar, supuesto —sobre la base de que «lo ajeno (esto es, lo extranjero) puede ser eventualmente muy distinto de lo que tenemos aquí»— que «parece de prudencia elemental delimitar con la máxima precisión posible el terreno en el que vamos a movernos y sobre el que pretendemos efectuar la comparación o contraste»⁷, por lo que destinamos a ello todo el apartado II de este trabajo (bajo el rótulo genérico «Coincidencias con la Sección Cuarta del Capítulo III del Título I del Estatuto de los Trabajadores español»)⁸. Y en tercer lugar, proceder a trazar las diferencias existentes entre este término de comparación español y la norma rumana, supuesto —aunque sea una obviedad recordarlo— que se trata de normas jurídicas distintas, ya veremos hasta qué punto en el apartado III del trabajo (bajo el rótulo genérico «Diferencias con la Sección Cuarta del Capítulo III del Título I del Estatuto de los Trabajadores español»)⁹. El Código del Trabajo de Rumanía, accesible en el sitio de Internet que antes se indicó, resulta manejable sólo, en principio, en lengua rumana, por lo que —pensando en un ideal lector español— nos animamos a traducir el Capítulo V de su Título II, *pendant* de los artículos 49 a 57 del Estatuto de los Trabajadores español, a la lengua castellana (obrando esta traducción nuestra, más abajo, en el «Apéndice documental», inmediatamente después de las «Conclusiones»). Con la finalidad de que pueda compulsarse la veracidad y fidelidad de la traducción que hemos efectuado —ajustándola, en lo posible, a las pautas de traducción jurídica publicitadas por ZACHERT, MARTÍNEZ GIRÓN y ARUFE VARELA¹⁰—, incluimos

⁴ Artículos 55 a 79.

⁵ El Tratado de Adhesión de las Repúblicas de Rumanía y Bulgaria resulta gratuitamente accesible, como el resto de la legislación comunitaria, en el portal oficial <http://europa.eu>.

⁶ Pinchando primero en «Consultas. Bases de datos», y luego en «Legislación (Iberlex)». Aquí aparece una ficha de búsqueda. En ella —antes de darle a «Buscar»—, basta introducir «Estatuto de los trabajadores» en la casilla «Título», y «Real Decreto Legislativo» en la casilla «Rango».

⁷ Todas estas afirmaciones en A. ARUFE VARELA, «La problemática exigencia de responsabilidades laborales a los sindicatos por actividades huelguísticas de sus afiliados. Un análisis comparado de los ordenamientos español y norteamericano», *Relaciones Laborales*, núm. 9 (2006), págs. 12.

⁸ Véase *infra*, núms. 4, 5 y 6.

⁹ Véase *infra*, núms. 7, 8 y 9.

¹⁰ Véase U. ZACHERT, J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008), págs. 23 y ss.

asimismo en el recién citado «Apéndice documental» la versión originaria de la norma rumana, confiando en que el lector que la compulse pueda llegar a la conclusión de que mi traducción del rumano al castellano no hizo bueno el dicho italiano tan conocido, relativo a que todos los traductores son traidores.

II. COINCIDENCIAS CON LA SECCIÓN CUARTA DEL CAPÍTULO III DEL TÍTULO I DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES ESPAÑOL

4. Aunque —desde un punto de vista estructural— las diferencias entre la norma rumana y la norma española sean aparentemente grandes, aquí —como tantas otras veces— se trata de una apariencia que engaña¹¹. En efecto, si se leen pausadamente una y otra normas, sólo cabe extraer la conclusión de que ambas responden a una misma estructura interna, articulada alrededor de un solo precepto madre y del resto de preceptos, que son sus hijuelas. En la porción del Estatuto de los Trabajadores español tomada como término de comparación, el precepto madre es su artículo 49, que procede a describir cuáles son los grupos de causas justas de extinción del contrato de trabajo¹². En la norma rumana, su *pendant* es el artículo 55 del Código del Trabajo, que ciñe dichos grupos de causas extintivas a sólo tres, a saber: «por ministerio de la ley»¹³; «por acuerdo de las partes, en la fecha establecida en el acuerdo»¹⁴; y «por la voluntad unilateral de cualquiera de las partes, en las situaciones y condiciones limitadas previstas por la ley»¹⁵. Por su parte, las hijuelas —tanto en la norma rumana como en la norma española— son ocho, presentando el común denominador en uno y otro caso de aparecer identificadas por rótulos. En la norma española, lo rotulado son ocho preceptos, refiriéndose estos rótulos a «Extinción por voluntad del trabajador»¹⁶, «Despido colectivo»¹⁷, «Extinción del contrato por causas objetivas»¹⁸, «Forma y efectos de la extinción por causas objetivas»¹⁹, «Despido disciplinario»²⁰, «Forma y efectos del despido disciplinario»²¹, «Despido improcedente»²² y «Pago por el Estado»²³. En la norma rumana, lo rotulado —siempre en desarrollo del precepto madre— son ocho Secciones, respectivamente relativas a «Extinción del contrato de trabajo por ministerio de la ley»²⁴, «Despido»²⁵, «Despidos por motivos relacionados con el trabajador»²⁶, «Despidos por motivos no relacionados con el trabajador»²⁷, «Despido colectivo. Información, consulta

¹¹ Sobre tales apariencias jurídicamente engañosas, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, *El empresario aparente*, Civitas (Madrid, 1992), págs. 11 y ss.

¹² Acerca de dicho precepto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., págs. 313 y ss.

¹³ Letra a).

¹⁴ Letra b).

¹⁵ Letra c).

¹⁶ Artículo 50.

¹⁷ Artículo 51.

¹⁸ Artículo 52.

¹⁹ Artículo 53.

²⁰ Artículo 54.

²¹ Artículo 55.

²² Artículo 56.

²³ Artículo 57.

²⁴ Sección 1ª, artículos 56 y 57.

²⁵ Sección 2ª, artículos 58 a 60.

²⁶ Sección 3ª, artículos 61 a 64.

²⁷ Sección 4ª, artículos 65 a 67.

de los trabajadores y procedimiento de despido colectivo»²⁸, «Derecho a un preaviso»²⁹, «Control y sanción del despido improcedente»³⁰ y «Dimisión»³¹.

5. Centrándonos en las normas-hijuela, es clara la coincidencia de bulto existente entre el artículo 51 de nuestro Estatuto de los Trabajadores (precepto rotulado «Despido colectivo») y la Sección 5ª del Capítulo V del Título II del Código del Trabajo rumano (rotulada «Despido colectivo. Información, consulta de los trabajadores y procedimiento de despido colectivo [*Concedierea colectivă. Informarea, consultarea salariaților și procedura concedierilor colective*])). En primer lugar, por causa del tamaño de ambas porciones, pues —dentro del conjunto normativo que forman los artículos 49 a 57 del Estatuto de los Trabajadores— el artículo 51 es, con mucho, el precepto más largo (formalmente consta de quince apartados, aunque materialmente sean catorce, al estar privado de contenido el apartado 10)³², mientras que —dentro del citado Capítulo V del Título II del Código rumano— la Sección 5ª es, también con mucho, la Sección más larga, al estar integrada materialmente hablando por siete preceptos (más en concreto, los artículos 68 a 72, pero teniendo en cuenta que está duplicado el artículo 71, evidenciando esta duplicidad la numeración 71¹ y 71², tan típicamente rumana). En segundo lugar, por el clonismo del contenido de ambas porciones, que resulta explicable por causa de que una y otra normas sirven para transponer a las respectivas legislaciones internas el Derecho de la Unión Europea sobre despidos colectivos, actualmente contenido en la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 julio 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos³³. En tercer lugar, porque el margen de libertad para transponer dejado a los Estados miembros por esta Directiva ha sido aprovechado, en idéntico sentido, por España y por Rumanía, probándolo el hecho de que los «umbrales» definidores del despido colectivo sean idénticos en el apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 68 del Código rumano, con la pequeña salvedad de que el primer «umbral» rumano establece un suelo mínimo («más de 20 trabajadores») que no existe en España. Para calibrar mejor esta coincidencia, resulta necesario utilizar un término de comparación adicional; y consideramos idóneo a estos efectos, por ejemplo, el parágrafo 17 de la Ley alemana de Protección contra el Despido (*Kündigungsschutzgesetz*) de 1951 —que es la norma que sirve para transponer, en Alemania, la Directiva en cuestión—, en la que se establecen «umbrales» mucho más altos³⁴.

²⁸ Sección 5ª, artículos 68 a 72.

²⁹ Sección 6ª, artículos 73 a 75.

³⁰ Sección 7ª, artículos 76 a 78.

³¹ Sección 8ª, artículo 79.

³² Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., págs. 337 y ss.

³³ Sobre esta Directiva, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, cit., págs. 187 y ss.

³⁴ Según este parágrafo, «el empresario está obligado a presentar un anuncio a la Agencia Federal de Empleo, en el plazo de 30 días naturales, antes de que despidan:

1. Más de 5 trabajadores, en empresas con ordinariamente más de 20 y menos de 60 trabajadores,
2. El 10 por ciento de los trabajadores ordinariamente empleados en la empresa o, en su caso, más de veinticinco trabajadores, en empresas con ordinariamente al menos 60 y menos de 500 trabajadores,
3. Al menos treinta trabajadores, en empresas con ordinariamente 500 trabajadores».

Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), pág. 174.

6. Aunque la coincidencia de que acabamos de tratar está inducida por el Derecho de la Unión Europea, hay también otras muchas coincidencias de fondo, explicables por causa de que Rumanía y España pertenecen a una misma familia jurídica —quizá liderada por Francia—, en materia de Derecho de contratos. Para nosotros, lo prueba el hecho de que la práctica totalidad de la interminable lista de grupos de causas extintivas mencionados en el artículo 49, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores, que son hasta trece distintos, tenga su correspondencia en el Capítulo V del Título II del Código del Trabajo rumano. Así, la letra a) del precepto estatutario («mutuo acuerdo») se corresponde con la letra a) del artículo 55 del Código rumano, relativa al «acuerdo de las partes»; la letra b) (condiciones resolutorias) tiene su equivalente en la letra h) del artículo 56 del Código rumano, relativa a la «retirada ... de las autorizaciones o certificados necesarios para el ejercicio de la profesión»; la letra c) (término resolutorio) se ve reflejada en la letra j) del artículo 56 del Código rumano, relativa a «la fecha de expiración del plazo del contrato individual de trabajo firmado a plazo fijo»; la letra d) («dimisión del trabajador») cuenta en el Código rumano con toda una Sección (la 8ª, rotulada «Dimisión [*Demisia*]»); la letra e) (muerte o incapacidad permanente del trabajador) se corresponde con las letras a) y b) del artículo 56 del Código rumano; y lo mismo ocurre, en fin, con la letra f) («jubilación del trabajador») y la letra d) del artículo 56 del Código rumano («jubilación, jubilación anticipada, jubilación parcial anticipada o jubilación por incapacidad del trabajador»). Las faltas de coincidencia obedecen incluso, en nuestra opinión, a un mismo común denominador, que son los excesos dogmáticos. Así, por el lado español, es el caso de las letras h) («fuerza mayor») y m) («violencia de género»), que faltan en el Código rumano sin que se note su ausencia, puesto que los supuestos vacíos los suple el Derecho común (en el caso de la fuerza mayor) o el propio Derecho extintivo del contrato de trabajo (la violencia de género como subespecie de la dimisión de la trabajadora)³⁵; y por el lado rumano, por ejemplo, la nulidad del contrato de trabajo (asimismo mencionada en el artículo 56)³⁶, que el Estatuto de los Trabajadores trata al hilo —como parece más lógico— de la celebración del contrato de trabajo³⁷.

III. DIFERENCIAS CON LA SECCIÓN CUARTA DEL CAPÍTULO III DEL TÍTULO I DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES ESPAÑOL

7. Como es sabido, existe un concepto tradicional de la palabra «despido», que casi todos aceptamos³⁸ y que, incluso, reproduce el Código del Trabajo rumano (literalmente, «el despido representa la extinción del contrato individual de trabajo por iniciativa del empresario»)³⁹. Sin embargo, existe una divergencia de bulto entre las dos normas que venimos comparando, en relación con cuáles sean las especies principales del «despido» individual. En el Estatuto de los Trabajadores español, la distinción

³⁵ Véase, J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., pág. 324

³⁶ Más en concreto, en su letra e), desarrollada luego por el artículo 57.

³⁷ Artículo 9.

³⁸ Lo formuló, en su día, M. ALONSO OLEA, *El despido (Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*, Instituto de Estudios Políticos (Madrid, 1957), págs. 13.

³⁹ Artículo 58, apartado (1).

clave es la existente entre «despido objetivo» y «despido disciplinario», teniendo en cuenta que al primero se adscriben hasta cinco grupos distintos de causas extintivas [ordenados por letras, de la a) a la e)]⁴⁰, mientras que en el segundo encajan hasta siete tipos distintos de causas justas extintivas [asimismo ordenadas por letras, de la a) a la g)], de las que hablaremos luego. En cambio, la norma rumana parte de la afirmación de que «el despido puede ser ordenado por razones relacionadas con el trabajador o por razones no relacionadas con el trabajador»⁴¹, procediendo a desarrollar luego estas previsiones, mediante lo que —para un observador español— no queda más remedio que calificar de mezcolanza o espiguo de las causas justas objetivas de despido que tenemos en España. Así, de un lado, toda la Sección 3ª del Capítulo V del Título II se dedica, como pone de relieve su rótulo, a regular el «Despido por motivos relacionados con el trabajador»⁴², incluyendo causas de despido que consideraríamos «objetivas» en España (por ejemplo, «si el trabajador no se adapta profesionalmente al puesto de trabajo en que está encuadrado»⁴³; y de otro lado, toda la Sección 4ª del Capítulo indicado se orienta, como asimismo pone de relieve su rótulo, a tratar el «Despido por motivos no relacionados con el trabajador»⁴⁴, cuyo paralelismo con el artículo 52.c) de nuestro Estatuto de los Trabajadores es claro, pues afirma que «el despido por motivos no relacionados con el trabajador representa la extinción del contrato, determinada por la eliminación del puesto de trabajo ocupado por el trabajador, por uno o varios motivos no relacionados con su persona»⁴⁵, teniendo en cuenta que «los trabajadores despedidos por razones no relacionadas con ellos se beneficiarán de medidas activas para combatir el desempleo y podrán recibir compensaciones según lo dispuesto por la ley y por el convenio colectivo de trabajo aplicable»⁴⁶.

8. En lo tocante al «despido disciplinario», la desviación de la norma española es asimismo clara. En efecto, el artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores detalla hasta siete causas justificadoras de dicha clase de despido, con toda la problemática que esto entraña, pues la jurisprudencia laboral española no ha tenido más remedio que concluir que dos de ellas tienen la naturaleza —al efecto de no dejar escapar ningún supuesto— de verdadero «cajón de sastre»⁴⁷ (más en concreto, las relativas a «la indisciplina o desobediencia en el trabajo»⁴⁸ y a «la transgresión de la buena fe contractual»⁴⁹). En cambio, la norma rumana —en términos muy generales— afirma que cabe «el despido por motivos relacionados con el trabajador», entre otros supuestos, «si el trabajador ha cometido una falta grave o violaciones repetidas de las normas del trabajo o de las que están establecidas por el contrato individual de trabajo, el convenio colectivo de trabajo o el reglamento interno, como sanción disciplinaria»⁵⁰. Evidentemente, en este

⁴⁰ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., págs. 329 y ss.

⁴¹ *Ibidem*, apartado (2).

⁴² Artículos 61 a 64.

⁴³ Artículo 61.d).

⁴⁴ Artículos 65 a 67.

⁴⁵ Artículo 65, apartado (1).

⁴⁶ Artículo 67.

⁴⁷ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., pág. 345.

⁴⁸ Letra b).

⁴⁹ Letra d).

⁵⁰ Artículo 61.a).

concreto punto hablamos de desviación de la norma española, pero no de desviación de la norma rumana, pues los ordenamientos laborales francés y alemán, por ejemplo, también evitan caer en la tentación de proceder a describir concretas causas justas de despido disciplinario (así, en Francia, se habla de que el empresario tenga para despedir «una causa real y seria [*une cause réelle et sérieuse*]»⁵¹, mientras que en Alemania se considera «el despido socialmente injustificado cuando no está condicionado por motivos que se basen ... en la conducta del trabajador [*in dem Verhalten des Arbeitnehmers*]»⁵²). En nuestra opinión, el Código rumano tiene en mente el ordenamiento laboral francés, especialmente al indicar que «la eliminación del puesto de trabajo tiene que ser efectiva y tener una causa real y seria [*cauză reală și serioasă*]»⁵³.

9. Diferencia evidente entre la norma española y la norma rumana es la relativa, por último, a la figura doctrinalmente denominada en España «despido indirecto». En el Estatuto de los Trabajadores, tal figura ocupa una posición estelar, pues la mención que realiza a ella el que antes denominamos precepto madre («por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario») ⁵⁴ aparece luego cumplidamente desarrollada en el artículo 50 (precepto hijuela, recuérdese). Nada similar a esto hay en la norma rumana, salvo la indicación —a propósito de la dimisión del trabajador— de que «el trabajador puede dimitir sin preaviso si el empresario no cumple sus obligaciones en virtud del contrato individual de trabajo»⁵⁵. Doctrinalmente, sin embargo, el despido indirecto y la dimisión del trabajador resultan inasimilables. En primer lugar, porque la dimisión es la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y contra la voluntad del empresario, mientras que el despido indirecto la voluntad extintiva del trabajador está fundamentada en un incumplimiento contractual grave y culpable del empresario. En segundo lugar, porque la dimisión resuelve por sí misma el contrato de trabajo, mientras que en la hipótesis del despido indirecto el trabajador debe accionar ante los tribunales laborales —ejercitando una acción que parece constitutiva—, con la finalidad de que el contrato de trabajo se declare extinguido por el juez. Y en tercer lugar, porque el despido indirecto da derecho al trabajador a cobrar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios —que en España es de cuantía idéntica a la del despido disciplinario improcedente—, mientras que en la dimisión el trabajador no tiene derecho a percibir del empresario ninguna indemnización.

IV. CONCLUSIONES

Primera. Al igual que el Estatuto de los Trabajadores de 1995 es la norma laboral estructural más importante de las que están vigentes en España, su equivalente en Rumanía es el tercer Código del Trabajo (*Codul Muncii*), promulgado por la Ley 53/2003, de 1 marzo, durante el cuarto mandato presidencial del Sr. Ion ILIESCU (2000-2004), coetáneamente a la modificación operada el propio año 2003 en la vigente Constitución democrática de Rumanía de 1991.

⁵¹ Cfr. artículo L. 1232-1 del Código del Trabajo. Sobre el tema, véase J. PÉLISSIER, A. SUPLOT y A. JEAMMAUD, *Droit du Travail*, 24ª ed., Dalloz (París, 2008), págs. 582 y ss.

⁵² Cfr. párrafo 1, apartado (2), de la Ley de Protección contra el Despido. Sobre él, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, cit., págs. 63 y ss.

⁵³ Cfr. artículo 65, apartado (2).

⁵⁴ Artículo 49.1.j).

⁵⁵ Cfr. artículo 79, apartado (8).

Segunda. De los trece Títulos de que se compone este Código rumano, el que nos interesa considerar con cuidado es el Título II; y dentro de él, todo su Capítulo V (rotulado «Extinción del contrato individual de trabajo [*Încetarea contractului individual de muncă*]»), cuyo tenor —al menos hasta la fecha en que esto escribo— fue modificado últimamente por la Ordenanza de Urgencia núm. 55/2006, de 30 agosto, con la finalidad de completar la adaptación del ordenamiento laboral rumano al Derecho social comunitario, vista la entonces inminente integración de Rumanía en la Unión Europea, que se produjo con fecha de efectos 1 enero 2007.

Tercera. El *pendant* español de esta porción de la norma rumana, que comprende los artículos 55 a 79 del Código, es la Sección Cuarta (rotulada «Extinción del contrato») del Capítulo III del Título I del Estatuto de los Trabajadores, artículos 49 a 57. Sobre la base de la traducción al castellano que hemos realizado de la norma rumana, el plan de trabajo para realizar la comparación con ella de la recién citada norma española se apoya sobre dos estructuras fundamentales. De un lado, proceder a desmenuzar las coincidencias más sustanciales existentes entre ambos bloques normativos; y de otro lado, proceder a trazar las diferencias existentes entre este término de comparación español y la norma rumana, supuesto —aunque sea una obviedad recordarlo— que se trata de normas jurídicas distintas.

Cuarta. En relación con las coincidencias, es claro que la norma española y la norma rumana responden a una misma estructura interna, articulada alrededor de un solo precepto madre y del resto de preceptos, que son sus hijuelas. En la porción del Estatuto de los Trabajadores español tomada como término de comparación, el precepto madre es su artículo 49, que procede a describir cuáles son los grupos de causas justas de extinción del contrato de trabajo. En la norma rumana, su *pendant* es el artículo 55 del Código del Trabajo, que ciñe dichos grupos de causas extintivas a sólo tres.

Quinta. Centrándonos en las normas-hijuela, es clara la coincidencia de bulto existente entre el artículo 51 de nuestro Estatuto de los Trabajadores (precepto rotulado «Despido colectivo») y la Sección 5ª del Capítulo V del Título II del Código del Trabajo rumano (rotulada «Despido colectivo. Información, consulta de los trabajadores y procedimiento de despido colectivo [*Concedierea colectivă. Informarea, consultarea salariașilor și procedura concedierilor colective*]»), debiéndose esta coincidencia —en lo esencial— al hecho de que una y otra normas sirven para transponer a las respectivas legislaciones internas el Derecho de la Unión Europea sobre despidos colectivos, actualmente contenido en la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 julio 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

Sexta. Aparte esta coincidencia, hay también otras muchas coincidencias de fondo, explicables por causa de que Rumanía y España pertenecen a una misma familia jurídica —quizá liderada por Francia—, en materia de Derecho de contratos, probándolo así el hecho de que la práctica totalidad de la interminable lista de grupos de causas extintivas mencionados en el artículo 49, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores, que son hasta trece distintos, tenga su correspondencia en el Capítulo V del Título II del Código del Trabajo rumano.

Séptima. Respecto de las diferencias, existe una primera divergencia de bulto entre las dos normas que hemos comparado, a propósito de cuáles sean las especies principales del «despido individual», pues en el Estatuto de los Trabajadores español la distinción clave es la existente entre «despido objetivo» y «despido disciplinario», mientras que la norma rumana parte de la afirmación de que «el despido puede ser ordenado por razones relacionadas con el trabajador o por razones no relacionadas con el trabajador», procediendo a desarrollar luego estas previsiones, mediante lo que —para un observador español— no queda más remedio que calificar de mezcolanza o espiguelo de las causas justas objetivas de despido que tenemos en España.

Octava. En lo tocante al «despido disciplinario», la desviación de la norma española es asimismo clara, pues el artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores detalla hasta siete causas justificadoras de dicha clase de despido, con toda la problemática que esto entraña, mientras que la norma rumana —en términos muy generales— afirma que cabe «el despido por motivos relacionados con el trabajador», entre otros supuestos, «si el trabajador ha cometido una falta grave o violaciones repetidas de las normas del trabajo o de las que están establecidas por el contrato individual de trabajo, el convenio colectivo de trabajo o el reglamento interno, como sanción disciplinaria».

Novena. Por último, diferencia evidente entre la norma española y la norma rumana es la relativa a la figura doctrinalmente denominada en España «despido indirecto», dado que en el Estatuto de los Trabajadores tal figura ocupa una posición estelar, mientras que nada similar a esto hay en la norma rumana, salvo la indicación —a propósito de la dimisión del trabajador— de que «el trabajador puede dimitir sin preaviso si el empresario no cumple sus obligaciones en virtud del contrato individual de trabajo».

* * *

V. APÉNDICE DOCUMENTAL

CÓDIGO DEL TRABAJO

TÍTULO II

EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

CAPÍTULO V

Extinción del contrato individual de trabajo

Art. 55. El contrato individual de trabajo puede extinguirse:

- a) por ministerio de la ley;
- b) por acuerdo de las partes, en la fecha establecida en el acuerdo;
- c) por la voluntad unilateral de cualquiera de las partes, en las situaciones y condiciones limitadas previstas por la ley.

SECCIÓN 1ª

Extinción del contrato individual de trabajo por ministerio de la ley

Art. 56. El contrato individual de trabajo deja de producir efectos jurídicos por ministerio de la ley:

- a) Desde la muerte del trabajador;
- b) Desde la fecha en la que se declara irrevocable la decisión judicial de la muerte o incapacitación del trabajador;
- c) *Derogado*;
- d) Desde la fecha de comunicación de la decisión sobre el límite de la edad de jubilación, jubilación anticipada, jubilación parcial anticipada o jubilación por incapacidad del trabajador, según la ley;
- e) En reconocimiento de la nulidad absoluta del contrato individual de trabajo, desde la fecha en la cual se comprobó la nulidad por el acuerdo de las partes o por una decisión judicial firme;
- f) Tras la solicitud de admisión para el restablecimiento de la posición ocupada por un trabajador por despido improcedente o infundado, desde la fecha definitiva de la decisión judicial de readmisión;
- g) Conforme con una ejecución de una pena privativa de libertad, desde la fecha definitiva de la decisión judicial;
- h) Desde la fecha de retirada por parte de las autoridades o organismos competentes de avisos, de las autorizaciones o certificados necesarios para el ejercicio de la profesión;
- i) Tras la prohibición de realizar una profesión o una función, como medida complementaria o pena, desde la fecha definitiva de la decisión judicial por la cual se dispuso la prohibición;

j) Desde la fecha de expiración del plazo del contrato individual de trabajo firmado a plazo fijo;

k) Retirada la autorización de los padres o de los representantes legales, en el caso de los trabajadores con edades entre los 15 y 16 años.

Art. 57.

(1) El incumplimiento de las condiciones jurídicas necesarias para la celebración válida del contrato de trabajo conlleva su nulidad.

(2) La constatación de la nulidad del contrato individual de trabajo produce efectos hacia el futuro.

(3) La nulidad del contrato individual de trabajo puede ser sanada por el cumplimiento de las condiciones impuestas por la ley.

(4) En la situación en que una cláusula está afectada de nulidad, porque establece derechos u obligaciones de los trabajadores contrarios a normas jurídicas imperativas o a los convenios colectivos de trabajo aplicables, se sustituye por la ley con las disposiciones jurídicas o convencionales aplicables, teniendo el trabajador derecho a indemnización.

(5) La persona que realizó el trabajo en virtud de un contrato individual de trabajo nulo tiene derecho a su remuneración, correspondiente a la forma de cumplir los deberes de funcionario.

(6) El descubrimiento de la nulidad y el establecimiento, conforme a la ley, de sus efectos pueden ser hechos por acuerdo de las partes.

(7) Si las partes no llegan a un acuerdo, la nulidad se pronuncia por el órgano jurisdiccional.

SECCIÓN 2ª

Despido

Art. 58.

(1) El despido representa la extinción del contrato individual de trabajo por iniciativa del empresario.

(2) El despido puede ser ordenado por razones relacionadas con el trabajador o por razones no relacionadas con el trabajador.

Art. 59. Está prohibido el despido de los trabajadores:

a) por razón de sexo, orientación sexual, características genéticas, edad, nacionalidad, raza, color, etnia, religión, opción política, origen social, discapacidad, situación o responsabilidad familiar, afiliación o actividad sindical;

b) por ejercer, en las condiciones de la ley, el derecho de huelga y los derechos sindicales.

Art. 60.

(1) El despido de los trabajadores no se puede ordenar:

a) Durante la incapacidad temporal de trabajo, junto con el certificado médico que establezca la ley;

- b) Durante la licencia por cuarentena;
 - c) Durante el período que la trabajadora está embarazada, en la medida en que el empresario sea consciente de ello antes de emitir una decisión de despido;
 - d) Durante la licencia de maternidad;
 - e) Durante la licencia parental hasta la edad de dos años o, si el niño tiene discapacidad, hasta la edad de 3 años;
 - f) Durante la licencia para cuidados por enfermedad hasta la edad de 7 años o, si el niño tiene discapacidad por enfermedades intercurrentes, hasta la edad de 18 años;
 - g) Durante la realización del servicio militar;
 - h) Durante el ejercicio de los cargos elegibles en un órgano sindical, a menos que el despido se deba a una falta disciplinaria grave o a reiteradas violaciones disciplinarias cometidas por ese trabajador;
 - i) Durante el disfrute de las vacaciones.
- (2) Lo dispuesto en el apartado (1) no se aplicará en caso de despido por razones que surgen como resultado de la reorganización judicial o la insolvencia del empresario, en las condiciones de la ley.

SECCIÓN 3º

Despido por motivos relacionados con el trabajador

Art. 61. El empresario puede ordenar el despido por motivos relacionados con el trabajador en las siguientes situaciones:

- a) Si el trabajador ha cometido una falta grave o violaciones repetidas de las normas del trabajo o de las que están establecidas por el contrato individual de trabajo, el convenio colectivo de trabajo o el reglamento interno, como sanción disciplinaria;
- b) Si el trabajador se encuentra bajo prisión preventiva por un período superior a 30 días, según el Código de Procedimiento Penal;
- c) En caso de que, por decisión de los órganos competentes de la profesión médica, se encuentra una incapacidad física y/o psíquica del trabajador, causa que no le permite cumplir las funciones correspondientes a su lugar de trabajo;
- d) Si el trabajador no se adapta profesionalmente al puesto de trabajo en que está encuadrado;
- e) Si el trabajador cumple las condiciones de la edad normal o período de cotización y no solicitó la jubilación en virtud de la ley.

Art. 62.

(1) Cuando el despido se lleva a cabo por uno de los motivos previstos en el artículo 61, letras b) o d), el empresario tiene la obligación a emitir la orden de despido dentro de los 30 días naturales a partir de la fecha de encontrar la causa de despido.

(1^º) Si el despido ocurre por el motivo expuesto en el artículo 61, letra a), el empresario podrá emitir la decisión de despido sólo con el cumplimiento de las disposiciones de los artículos 263-268.

(2) La decisión se emite por escrito y, bajo pena de nulidad absoluta, debe estar fundamentada en hechos y en la ley, y facilitar información sobre el término en el cual se puede impugnar y el tribunal competente.

Art. 63.

(1) El despido por la comisión de graves o reiteradas violaciones de las normas de disciplina en el trabajo sólo podrá ordenarse después del cumplimiento por el empresario de la investigación disciplinaria y en los términos establecidos por este Código.

(2) Despedir al trabajador por el motivo estipulado en el artículo 51, letra d), podrá ordenarse después de la evaluación previa del trabajador, de acuerdo con el procedimiento de evaluación establecido por el convenio colectivo de trabajo aplicable, que se concluya a nivel nacional, a nivel de rama de actividad o grupo de unidades, así como por reglamento interno*.

Art. 64.

(1) En el caso en que el despido se disponga por las razones estipuladas en el artículo 61, letras c) y d), también en el caso en que el contrato individual de trabajo se ha extinguido por ministerio de la ley, con arreglo al artículo 56, letra f), el empresario está obligado a proponer al trabajador otros puestos vacantes en la unidad, compatible con la formación profesional o, dependiendo del caso, con capacidad de trabajo determinada por el médico de trabajo.

(2) En caso de que el empresario no tenga puestos de trabajo vacantes, de conformidad con el apartado (1), se ve obligado a buscar apoyo de la agencia territorial de empleo para la redistribución de los salarios, correspondiente con la formación profesional y/o, dependiendo del caso, con capacidad de trabajo determinada por el médico de trabajo.

(3) El trabajador tiene un plazo de 3 días hábiles, desde la comunicación del empresario, según el apartado (1), para manifestar su consentimiento por escrito sobre el nuevo puesto de trabajo ofrecido.

(4) En el caso en que el trabajador no manifieste su consentimiento en el plazo que especifica el apartado (3), y después de dicha notificación del caso por la agencia territorial del trabajo, en conformidad con el apartado (2), el empresario puede ordenar el despido del trabajador.

(5) En el caso del despido por motivos estipulados en el artículo 61, el trabajador recibe una compensación, según lo establecido en los convenios colectivos aplicables o en el contrato individual del trabajo, dependiendo del caso.

* *Art. II de la Ordenanza de Urgencia núm. 65/2005, que modifica y completa el Código del Trabajo, dispone:*

(1) Hasta la fecha del establecimiento del convenio colectivo de trabajo, firmado a nivel nacional o a nivel de rama de actividad aplicable, sobre el procedimiento de evaluación previsto en el artículo I, punto 28, de esta Ordenanza de Urgencia, se seguirán aplicando las disposiciones del artículo 63, apartado (2) de la Ley 53/2003 – Código del Trabajo, en su versión modificada.

(2) Si en un plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ordenanza de Urgencia no se establece el procedimiento de evaluación en las condiciones del apartado (1), el empresario va a establecer este procedimiento por el reglamento interno, en las condiciones de la ley.

(3) Las disposiciones del reglamento interno relacionado con el procedimiento de evaluación se aplica hasta la fecha establecida en el convenio colectivo de trabajo a nivel nacional o a nivel de rama de actividad aplicable.

La anterior forma no modificada del artículo 63, apartado (2), es la siguiente:

“(2) El procedimiento de investigación anterior también es obligatorio en caso de despido de trabajador que no se adapta profesionalmente. Los términos y las condiciones del procedimiento de investigación anterior son los previstos para la investigación disciplinaria”.

SECCIÓN 4ª

Despido por motivos no relacionados con el trabajador

Art. 65.

(1) El despido por motivos no relacionados con el trabajador representa la extinción del contrato, determinada por la eliminación del puesto de trabajo ocupado por el trabajador, por uno o varios motivos no relacionados con su persona.

(2) La eliminación del puesto de trabajo tiene que ser efectiva y tener una causa real y seria.

Art. 66. El despido por motivos no relacionados con el trabajador puede ser individual o colectivo.

Art. 67. Los trabajadores despedidos por razones no relacionadas con ellos se beneficiarán de medidas activas para combatir el desempleo y podrán recibir compensaciones según lo dispuesto por la ley y por el convenio colectivo de trabajo aplicable.

SECCIÓN 5ª

Despido colectivo

Información, consulta de los trabajadores y procedimiento de despido colectivo

Art. 68. Por despido colectivo se entiende el despido, en un plazo de 30 días naturales, por uno o varios motivos no relacionados con el trabajador, de un total de:

a) Por lo menos 10 trabajadores, si el empresario tiene más de 20 trabajadores y menos de 100 trabajadores;

b) Por lo menos el 10% de los trabajadores, si el empresario tiene más de 100 trabajadores, pero menos de 300 trabajadores.

c) Por lo menos 30 trabajadores, si el empresario tiene 300 trabajadores.

Para determinar el número real de despidos a que se refiere el apartado (1), se tienen en cuenta aquellos trabajadores cuyo contrato individual de trabajo se haya extinguido a iniciativa del empresario, por uno o varios motivos no relacionados con el trabajador, a condición de que existan al menos 5 despidos.

Art. 69.

(1) En caso de que el empresario tenga intención de efectuar un despido colectivo, tiene la obligación de iniciar en tiempo, y con el fin de llegar a un acuerdo, según lo dispuesto por la ley, la consulta con el sindicato, o en su caso con los representantes de los trabajadores, por lo menos en cuanto a:

a) Métodos y medios de evitar el despido colectivo o de reducir el número de trabajadores que serán despedidos;

b) Mitigar las consecuencias del despido por el uso de medidas sociales que se oriente, entre otras cosas, al apoyo para la reconversión o readaptación profesional de los trabajadores despedidos.

(2) Durante el transcurso de la consulta a que se refiere el apartado (1), para permitir que el sindicato o los representantes de los trabajadores hagan propuestas en debido tiempo, el empresario debe proporcionar toda la información pertinente, y notificarle por escrito lo siguiente:

- a) Número total y las categorías de trabajadores;
- b) Motivos del despido;
- c) Número y categorías de trabajadores que se verán afectados por los despidos;
- d) Criterios tenidos en cuenta, de conformidad con la ley y/o los convenios colectivos de trabajo, para determinar el orden de prioridad de despido;
- e) Las medidas destinadas a limitar el número de despidos;
- f) Medidas para mitigar las consecuencias de estos despidos y las indemnizaciones que se concederán los trabajadores despedidos, de acuerdo con el marco jurídico y/o el convenio colectivo de trabajo aplicable;
- g) Fecha o período en que habrá despidos;
- h) Plazo durante el cual el sindicato o, dependiendo del caso, representantes de los trabajadores podrán presentar propuestas para evitar o reducir el número de trabajadores despedidos.

(3) Las obligaciones previstas en los apartados (1) y (2) persisten a pesar de que la decisión que determina los despidos colectivos se toma por el empresario o por una empresa que tiene el control sobre los empresarios.

(4) En la situación en la cual la decisión que determina los despidos colectivos se toma por una empresa que tiene el control sobre el empresario, ésta no se puede invocar, si se incumplen las obligaciones previstas en los apartados (1) y (2), el hecho de que la empresa no le ha facilitado la información necesaria.

Art. 70. El empresario tiene la obligación de enviar una copia de la notificación prevista en el artículo 69, apartado (2), a la Inspección territorial de Trabajo y a la agencia de empleo al mismo tiempo que se la envió al sindicato.

Art. 71.

(1) El sindicato, o en su caso los representantes de los trabajadores, podrán proponer al empresario medidas para evitar los despidos o reducir el número de trabajadores despedidos, en un plazo de 10 días naturales desde la recepción de la notificación.

(2) El empresario está obligado a responder por escrito y motivadamente a las propuestas formuladas en virtud de las disposiciones del apartado (1), en el plazo de 5 días naturales siguientes a la recepción.

Art. 71¹.

(1) En el caso, después de la consulta con el sindicato o con los representantes de los trabajadores, de conformidad con los artículos 69 y 71, de que el empresario decida la medida de despido colectivo, está obligado a notificarla por escrito a la Inspección territorial de Trabajo y a la agencia de empleo, al menos 30 días naturales antes de emitir una decisión de despido.

(2) La notificación prevista en el apartado (1) debe contener todas las informaciones pertinentes a la intención de despido colectivo, estipuladas en el artículo 69, y los resultados de las consultas con el sindicato o con los representantes de los trabajadores, estipuladas en los artículos 69, apartado (1) y 71, concretamente las razones para el despido, el número total de trabajadores, el número de trabajadores afectados por los despidos y la fecha o el período en que estos despidos se llevarán a cabo.

(3) *Derogado.*

(4) El sindicato o los representantes de los trabajadores podrán dirigir sus eventuales puntos de vista al inspector de trabajo.

(5) Por petición motivada de cualquiera de las partes, la Inspección territorial de Trabajo, con el aviso de la agencia territorial del empleo, puede disponer la reducción del plazo previsto en el apartado 1, sin perjuicio de los derechos individuales en el plazo de preaviso.

(6) La Inspección territorial de Trabajo tiene la obligación de informar en tiempo oportuno al empresario y al sindicato, o a los representantes de los trabajadores, sobre la reducción del plazo estipulado en el apartado (1), y sobre las razones de esta decisión.

Art. 71².

(1) Durante el período mencionado en el artículo 71¹, apartado (1), la agencia territorial de empleo debe buscar soluciones a los problemas de los despidos colectivos y comunicarlas en tiempo al empresario y al sindicato o, en caso necesario, a los representantes de los trabajadores.

(2) Por petición motivada de cualquiera de las partes, la Inspección territorial de Trabajo, en consulta con la agencia territorial de empleo, podría tener que aplazar la eficacia de las decisiones de despido con un plazo máximo de 10 días naturales, en el caso de que los aspectos sobre el despido colectivo no puedan ser resueltos hasta la fecha indicada en la notificación de despido colectivo especificada en el artículo 71¹, apartado (1), que es la fecha de emisión de las decisiones de despido.

(3) La Inspección territorial de Trabajo tiene la obligación de informar por escrito al empresario y al sindicato, o a los representantes de los trabajadores, sobre el aplazamiento de la decisión de despido, y sobre las razones de esta decisión, antes del vencimiento del plazo inicial previsto en el artículo 71¹, apartado (1).

Art. 72.

(1) El empresario que ha decretado el despido colectivo no puede hacer nuevas contrataciones en los puestos de trabajo de los trabajadores despedidos durante 9 meses después de sus despidos.

(2) En caso de reanudación de actividades en este período que ponga fin a los despidos colectivos, el empresario está obligado a enviar a los trabajadores que fueron despedidos una notificación por escrito, al efecto de volver a ofrecerles el mismo trabajo que habían ocupado anteriormente, sin examen ni concurso ni período de prueba.

(3) Los trabajadores disponen de un período máximo de 10 días desde la fecha de comunicación al empresario, prevista en el apartado (2), para manifestar por escrito su consentimiento sobre la oferta de empleo.

(4) En caso de que los trabajadores con derecho a ser readmitidos en virtud del apartado (2) no manifiesten por escrito su consentimiento, en el plazo establecido en el apartado (3), o rechacen el trabajo ofrecido, el empresario puede hacer nuevas contrataciones en los puestos de trabajo vacantes.

SECCIÓN 6ª

Derecho a un preaviso

Art. 73.

(1) Las personas despedidas en virtud de los artículos 61, letras c) y d), 65 y 66 se benefician de derecho a un preaviso que no puede ser inferior a 15 días.

(2) Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado (1), las personas despedidas, de conformidad con el artículo 61, letra d), que estaban en el período de prueba.

(2¹) En el caso de que dentro del período de preaviso el contrato individual de trabajo se suspenda, en consecuencia el plazo de preaviso será suspendido, salvo lo dispuesto en el artículo 51, apartado (2).

Art. 74.

(1) La decisión de despido se comunica por el empresario por escrito y debe contener de modo obligatorio:

- a) Motivos del despido;
- b) Plazo del preaviso;
- c) Criterios para determinar el orden de prioridades, de acuerdo con el artículo 70, apartado (2), letra d), solo en el caso de despido colectivo;
- d) lista completa de los puestos de trabajo disponibles en la unidad y el plazo en el que los trabajadores van a elegir para cubrir un puesto vacante, en virtud del artículo 64.

(2) *Derogado.*

Art. 75. La decisión del despido produce efectos desde su fecha de comunicación al trabajador.

SECCIÓN 7ª

Control y sanción del despido improcedente

Art. 76. El despido en violación del procedimiento establecido por la ley es nulo de pleno derecho.

Art. 77. En caso de conflicto de trabajo, el empresario no puede invocar ante el órgano jurisdiccional otros motivos de hecho o de derecho de los especificados en la decisión de despido.

Art. 78.

(1) Cuando el despido se efectuó en un modo incompleto o ilegal, el tribunal ordenará la anulación y obligará al empresario a pagar una indemnización equivalente a los salarios indexados, aumentados y reactualizados.

(2) A solicitud del trabajador, el tribunal que ordenó la anulación del despido va a restablecer a las partes en la situación anterior remitida la notificación del despido.

SECCIÓN 8ª

Dimisión

Art. 79.

(1) Por dimisión se entiende el acto unilateral de voluntad del trabajador que, mediante una notificación escrita, comunica al empresario la terminación del contrato individual de trabajo, después del cumplimiento del plazo de preaviso.

(2) La negativa del empresario a registrar la dimisión le da al asalariado el derecho probarla por cualquier medio de prueba.

(3) El trabajador tiene derecho a no justificar su dimisión.

(4) El plazo de preaviso será el acordado por las partes en el contrato individual de trabajo o, dependiendo del caso, el estipulado en los convenios colectivos de trabajo aplicables y no puede ser más de 15 días naturales para los trabajadores en puestos ejecutivos y de 30 días naturales para los trabajadores que ocupan puestos de liderazgo, respectivamente.

(5) Durante el preaviso, el contrato individual de trabajo continúa produciendo todos sus efectos.

(6) En caso de que el contrato individual de trabajo se suspenda en el plazo de preaviso, el plazo de preaviso será suspendido en consecuencia.

(7) El contrato individual de trabajo termina a la fecha de expiración del plazo de preaviso o en la fecha de renuncia total o parcial del empresario a ese plazo.

(8) El trabajador puede dimitir sin preaviso si el empresario no cumple sus obligaciones en virtud del contrato individual de trabajo.

LAS ESTRUCTURAS NORMATIVAS DEL DERECHO AUSTRÍACO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. ESTUDIO COMPARADO CON EL DERECHO ALEMÁN

[THE NORMATIVE STRUCTURES OF AUSTRIAN LABOR AND SOCIAL SECURITY LAW. A COMPARATIVE STUDY WITH GERMAN LAW]

Jesús Martínez Girón

Sumario: I. PLANTEAMIENTO. II. ESTRUCTURAS NORMATIVAS RELATIVAS AL DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO. III. ESTRUCTURAS NORMATIVAS RELATIVAS AL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO. IV. ESTRUCTURAS NORMATIVAS RELATIVAS AL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. V. ESTRUCTURAS NORMATIVAS RELATIVAS AL DERECHO PROCEDIMENTAL Y PROCESAL LABORAL.

Contents: I. APPROACH. II. NORMATIVE STRUCTURES RELATING TO INDIVIDUAL EMPLOYMENT LAW. III. NORMATIVE STRUCTURES RELATING TO COLLECTIVE LABOR LAW. IV. NORMATIVE STRUCTURES RELATING TO SOCIAL SECURITY LAW. V. NORMATIVE STRUCTURES RELATING TO LABOR ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS AND LABOR COURT LAW.

Resumen: Alemania y Austria comparten muchas cosas (fronteras, lengua, estructura federal). Pero el Derecho austríaco del Trabajo y de la Seguridad Social no es ningún calco del Derecho alemán. Este estudio hace hincapié en sus singularidades, tratándolas en torno a cuatro grandes núcleos temáticos.

Abstract: Germany and Austria share lots of things (borders, language, federal structure). But the Austrian Labor and Social Security Law is not a straight copy of the German one. This study emphasizes its singularities, dealing with them around four great thematic cores.

Palabras clave: Austria – Alemania – Derecho comparado del Trabajo – Derecho comparado de la Seguridad Social – Derecho comparado procedimental y procesal laboral.

Keywords: Austria – Germany – Comparative Labor Law – Comparative Social Security Law – Comparative Labor Administrative Proceedings and Labor Court Law.

* * *

I. PLANTEAMIENTO

1. Las fuentes directas de conocimiento de todo el Derecho austríaco, legislativas, reglamentarias y jurisprudenciales, resultan libre y gratuitamente accesibles en Internet a través de la base de datos «Sistema de Información Jurídica [*Rechtsinformationssystem*]», gestionada por la Oficina de la Cancillería Federal (*Bundeskanzleramt*) y ubicada en el sitio www.ris.bka.gv.at. En este sitio, los materiales normativos¹ laborales y de seguridad social aparecen almacenados en un enlace rotulado «Derecho del Trabajo, Derecho del Empleo Público, Seguridad Social [*Arbeitsrecht, Dienstrecht, Soziale Sicherheit*]»². Son materiales que incluyen más de ochocientas Leyes y Reglamentos, siempre en versión consolidada, apareciendo clasificadas todas estas normas por orden alfabético dentro de diez apartados comprensiblemente muy genéricos³. Lo que pretendo en relación con él es analizar sólo normas estructurales⁴, tomando como término de comparación sus equivalentes en el Derecho alemán, que siempre me pareció ideal a estos concretos efectos como término de comparación —aparte la proximidad geográfica, la identidad lingüística y la estructura federal de ambos países—, por causa sobre todo del imponente gigantismo de Alemania, que la convierte *a priori* en país potencialmente exportador de muchas cosas —también, de su propio Derecho— a su vecino del sur, notoriamente mucho más pequeño. Pues bien, con este planteamiento, lo que evidentemente más singulariza el Derecho austríaco son sus diferencias con el Derecho alemán, en las que haré hincapié agrupando sus normas estructurales laborales y de seguridad social en cuatro grandes núcleos temáticos, a saber: el Derecho individual del Trabajo (cfr. *infra*, II), el Derecho colectivo del Trabajo (cfr. *infra*, III), el Derecho de la Seguridad Social (cfr. *infra*, IV) y, por último, el Derecho adjetivo, procedimental y procesal laboral (cfr. *infra*, V).

II. ESTRUCTURAS NORMATIVAS RELATIVAS AL DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO

2. Como se sabe, en Alemania —a diferencia de lo que sucede en Francia o en Portugal— no existe ningún Código específico del Trabajo. Ahora bien, a pesar de ello, las estructuras normativas de su Derecho individual del Trabajo son relativamente sencillas de conocer, al aparecer construidas en torno sólo a dos normas esenciales. En primer lugar, el «Código Civil [*Bürgerliches Gesetzbuch*]» de 1896, cuyos parágrafos 611 a 639 (agrupados bajo el rótulo genérico «Contrato de arrendamiento de servicios [*Dienstvertrag*]»), utilizados incluso por el legislador alemán para transponer Directivas laborales de la Unión Europea —por ejemplo, la relativa al traspaso de empresas—,

¹ Para los jurisprudenciales, véase el enlace «Judikatur».

² Se accede a él vía «Bundesrecht», y luego, «Index des Bundesrechts».

³ Respectivamente relativos a «Derecho del Trabajo [*Arbeitsrecht*]», «Promoción de las familias, asistencia a los jóvenes [*Familienförderung, Jugendfürsorge*]», «Administración del mercado de trabajo [*Arbeitsmarktverwaltung*]», «Derecho general del empleo público y de la retribución [*Allgemeines Dienst- und Besoldungsrecht*]», «Derecho especial del empleo público y de la retribución [*Besonderes Dienst- und Besoldungsrecht*]», «Derecho de pensiones para los empleados federales [*Pensionsrecht für Bundesbedienstete*]», «Aseguramiento social [*Sozialversicherung*]», «Derecho de asistencia [*Versorgungsrecht*]», «Contratación de discapacitados, restante Derecho de la Seguridad Social [*Behinderteneinstellung, sonstiges Sozialrecht*]» y «Convenios internacionales [*Völkerrechtliche Verträge*]».

⁴ Los «comentarios» sindicales a estas Leyes austríacas, claros y objetivos, resultan accesibles en el sitio www.voegb.at (utilizando los vínculos «Arbeitsrecht» o «Sozialrecht»).

constituyen todavía en Alemania la regulación jurídica aplicable al contrato de trabajo⁵. En segundo lugar, la «Ley de Protección contra el Despido [*Kündigungsschutzgesetz*]» de 1951, comprensiblemente utilizada para transponer asimismo Directivas laborales comunitarias, y cuya trascendencia es clara y rotunda, puesto que regula las instituciones equivalentes de lo que en España denominaríamos despido objetivo, despido colectivo y despido disciplinario⁶. Estas dos estructuras basales no existen, sin embargo, en Austria.

3. De un lado, porque el contrato de trabajo cuenta allí con una regulación específica, que obliga a ubicar en un segundo plano —en cuanto que regulación general del contrato de trabajo— la regulación del contrato de arrendamiento de servicios contenida en el hiper-linajudo Código Civil austríaco de 1811, parágrafos 1153 a 1164a, que en dicho país se denomina «Código Civil General [*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*]». En este punto, sin embargo, la atipicidad de Austria es evidente. Y es que no existe allí una sola regulación específica del contrato de trabajo, sino dos distintas. La primera se aplica sólo a los trabajadores intelectuales, apareciendo contenida en la «Ley de Trabajadores Intelectuales [*Angestelltengesetz*]» de 1921, que es la Ley modelo o Ley tipo en materia de regulación del contrato de trabajo. La segunda, que es la «Ley de Adaptación del Derecho del Contrato de Trabajo [*Arbeitsvertragrechts-Anpassungsgesetz*]» de 1993, se aplica tanto al trabajador intelectual como al «trabajador manual [*Arbeiter*]», habiéndose promulgado con la finalidad de adaptar el Derecho austríaco del contrato de trabajo al Derecho comunitario —inmediatamente antes del ingreso de Austria en la Unión Europea—, especialmente en materia de traspasos de empresas⁷.

4. Y de otro lado, porque no existe en Austria ninguna norma estructuradora de la protección general del trabajador frente al despido, al aparecer desperdigada esta protección en una pluralidad de ellas. Aparte las ya citadas (esto es, el Código Civil General, la Ley de Trabajadores Intelectuales y la Ley de Adaptación del Derecho del Contrato de Trabajo), estas normas son fundamentalmente tres. En primer lugar, la «Ley de Promoción del Mercado de Trabajo [*Arbeitsmarktförderungsgesetz*]» de 1968, utilizada para transponer el Derecho comunitario en materia de despidos colectivos⁸. En segundo lugar, la «Ley de Asistencia Empresarial a los Trabajadores y Autónomos [*Betriebliches Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz*]» de 2002, fundamental porque en ella se formaliza el comúnmente denominado ahora por todos «modelo austríaco» de indemnización por despido —versión austríaca de la «flexiguridad» preconizada por la Unión Europea—, basado en una «indemnización cumulativa [*Abfertigung*]»⁹, que pagan ciertas «cajas» a las que el empresario cotiza, ingresando mensualmente un 1,53 por ciento del salario bruto pagado a cada trabajador afectado¹⁰. En tercer lugar, la Ley reguladora del Derecho colectivo del Trabajo, a ver seguidamente, también contrastante con el Derecho colectivo del Trabajo que se encuentra vigente en Alemania.

⁵ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 15 y ss.

⁶ Al respecto, *ibidem*, págs. 61 y siguientes.

⁷ Cfr. parágrafos 3 y siguientes.

⁸ Cfr. su parágrafo 45a.

⁹ Cfr. parágrafos 6 a 8 y 14 a 17.

¹⁰ Las «cajas» en cuestión, denominadas «cajas empresariales de asistencia [*Betriebliche Vorsorgekassen*]», aparecen reguladas en los parágrafos 18 y siguientes.

III. ESTRUCTURAS NORMATIVAS RELATIVAS AL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

5. En lo tocante al Derecho colectivo, la singularidad austríaca es asimismo clara, frente a lo que sucede en el Derecho colectivo del Trabajo alemán. Como se sabe, las estructuras normativas esenciales de este último están encarnadas asimismo en sólo dos Leyes. Ante todo, la «Ley del Convenio Colectivo [*Tarifvertragsgesetz*]» de 1949, reguladora de los convenios colectivos más usuales en Alemania —que son los convenios colectivos de eficacia limitada, basada en el principio de la doble afiliación—, pero también del régimen aplicable a la declaración de «eficacia general [*Allgemeinverbindlichkeit*]» de los propios convenios colectivos¹¹. Y junto a ella, la gigantesca y típicamente alemana «Ley de Organización de la Empresa [*Betriebsverfassungsgesetz*]» de 1972, de algún modo equivalente al Título II de nuestro Estatuto de los Trabajadores —aunque esta Ley alemana sólo se aplica a empresas del sector privado—, pues regula en lo esencial la organización y competencias del órgano de representación unitaria de todos los trabajadores del centro de trabajo, denominado «Comité de empresa [*Betriebsrat*]»¹². En Austria, en cambio, ambas normas estructurales se encuentran refundidas en una sola, asimismo gigantesca.

6. Se trata de la «Ley de Organización del Trabajo [*Arbeitsverfassungsgesetz*]» de 1973, que consta de más de dos centenares y medio de párrafos agrupados en nueve Partes. De entre ellas, la Parte I regula el convenio colectivo (denominado, a diferencia de lo que sucede en Alemania, «*Kollektivvertrag*»), que es por antonomasia un convenio colectivo sectorial —sobre el que se apoya el sistema austríaco de salarios mínimos profesionales, pues al igual que sucede en Alemania, en Austria tampoco existe ningún salario mínimo interprofesional legal¹³—, asignándole (a pesar de que sus mecanismos legales de publicidad son similares a los de los convenios colectivos alemanes)¹⁴ eficacia normativa limitada basada en la nuda afiliación del empresario¹⁵, pero sólo formalmente, pues materialmente se trata de convenios colectivos de eficacia general, supuesto que del lado de los empresarios los estipulan las «Cámaras de Comercio [*Wirtschaftskammern*]»¹⁶,

¹¹ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, cit., págs. 79 y ss.

¹² *Ibidem*, págs. 71 y ss.

¹³ Acerca del régimen alemán, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *El salario mínimo en Alemania. Un estudio comparado entre regímenes de salarios mínimos profesionales (alemanes) e interprofesionales legales (norteamericano y europeos)*, Netbiblo (A Coruña, 2009), págs. 11 y ss. En Austria, el tema lo regulan los párrafos 22 a 25 de la Ley (bajo el rótulo genérico «La Tarifa Salarial Mínima [*Der Mindestlohn*]»).

¹⁴ Cfr. párrafos 14 (rotulado «Depósito y Anuncio Público del Convenio Colectivo [*Hinterlegung und Kundmachung des Kollektivvertrages*]») y 15 (rotulado «Exposición del Convenio Colectivo en el Centro de Trabajo [*Auflegung des Kollektivvertrages im Betrieb*]»). Acerca de sus equivalentes en Alemania, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La publicidad del convenio colectivo en el Derecho del Trabajo alemán», *Revista de Derecho Social*, núm. 42 (2008), págs. 183 y ss. En cambio, el modelo austríaco de difusión del contenido de los convenios colectivos a través de Internet nada tiene que ver con el modelo alemán, dada la posibilidad de consultar libremente el texto de dichos convenios colectivos sectoriales, en el sitio sindical www.gpa-djp.at (a través del enlace «*Kollektivvertrag*», y dentro de él, «*Branchen*»).

¹⁵ El precepto clave sobre el tema es el párrafo 12 (rotulado «Eficacia sobre los Externos [*Außenseiterwirkung*]»). De ahí que los párrafos 18 a 21 procedan a regular la «extensión» (esto es, fuera de su ámbito territorial y personal; y por tanto, con un sentido equivalente al que damos a dicho vocablo en España) del convenio colectivo (con el significativo rótulo «Declaración de los Convenios Colectivos como Estatuto [*Erklärung von Kollektivverträgen zur Satzung*]»).

¹⁶ Su capacidad para estipular convenios colectivos la reconoce el párrafo 4, apartado 1, de la Ley.

a las que todo empresario austriaco está obligado a afiliarse¹⁷. La Parte de esta Ley de mayor tamaño, que es la Parte II (comprende los parágrafos 33 a 134b), equivale a la Ley alemana de Organización de la Empresa (se rotula, al igual que esta Ley alemana, precisamente así, «[*Betriebsverfassung*]»), aunque con singularidades austríacas dignas de ser reseñadas, tales como las siguientes: 1) se constituyen comités de empresa separados «tanto para el grupo de trabajadores manuales [*die Gruppe der Arbeiter*] como para el grupo de trabajadores intelectuales [*die Gruppe der Angestellten*]», supuesto que ambos grupos posean el número mínimo (en esto coincidente con Alemania) de «cinco» trabajadores electores¹⁸; 2) en caso de despido, el comité de empresa tiene poderes de «cogestión [*Mitbestimmung*]» muy superiores a los del comité de empresa alemán, confiándosele incluso la legitimación para la impugnación judicial tanto de despidos con preaviso (o «despidos ordinarios [*Kündigungen*]») ¹⁹ como de despidos disciplinarios (o «despidos sin preaviso [*Entlassungen*]») ²⁰; y 3) los acuerdos entre el comité de empresa y el empresario (denominados, al igual que en Alemania, «acuerdos de empresa [*Betriebsvereinbarungen*]») se consideran en Austria subespecies del convenio colectivo, lo que explica su regulación no contenida en esta Parte II de la Ley, sino en su Parte I²¹, donde —como se vio— aparece regulado el convenio colectivo.

7. En Austria, al igual que sucede en Alemania, tampoco existe ninguna regulación legal del derecho de huelga. Ahora bien, frente al imponente «Derecho judicial [*Richterrecht*]» alemán en materia de huelgas y cierres patronales —creado por el Tribunal Federal Constitucional y por el Tribunal Federal de Trabajo, interpretando y aplicando el muy genérico tenor del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal alemana²²—, en Austria, en cambio, no existe jurisprudencia ni constitucional ni ordinaria relevante sobre el tema, seguramente por causa de que la concepción de la huelga como «*ultima ratio*» se ha llevado allí, valga la expresión, hasta sus últimas consecuencias. Sólo resulta relativamente significativa la auto-regulación del asunto contenida en los estatutos de la poderosa «Federación Austríaca de Sindicatos [*Österreichischer Gewerkschaftsbund*]»²³ —del todo equivalente a su homónima alemana²⁴—, que tiene más de un millón cien mil afiliados, en los que se menciona la posible existencia de «huelgas ofensivas y huelgas defensivas [*Angriffs- und Abwehrstreiks*]»²⁵, de «cierres patronales amenazantes [*drohenden*

¹⁷ Al respecto, véase el parágrafo 2 de la «Ley de la Cámara de Comercio [*Wirtschaftskammergesetz*]» de 1998. Los trabajadores, por su parte, también están obligados a afiliarse a las denominadas «Cámaras de Trabajadores» (cfr. parágrafo 10 de la «Ley de la Cámara del Trabajador [*Arbeiterkammergesetz*]» de 1992), que también tienen *ex lege* reconocida su capacidad para negociar convenios colectivos, aunque la declinan sistemáticamente en favor de los sindicatos.

¹⁸ Cfr. parágrafo 40.

¹⁹ Cfr. parágrafo 105 (rotulado «Impugnación de despidos ordinarios [*Anfechtung von Kündigungen*]»).

²⁰ Cfr. parágrafo 106 (rotulado «Impugnación de despidos sin preaviso [*Anfechtung von Entlassungen*]»).

²¹ Parágrafos 29 a 32.

²² Al respecto, véase U. ZACHERT, J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008), págs. 17 y ss.

²³ Accesible en su sitio de Internet, ubicado en www.oegb.at, vía «Allgemeinen» (y luego, «Gewerkschaften») y «ÖGB-Leitbild»).

²⁴ Sobre esta última, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Los estatutos de la Federación Alemana de Sindicatos (*Deutscher Gewerkschaftsbund*). Comparación contextualizadora con los estatutos confederales de Comisiones Obreras y de la Unión General de Trabajadores, y traducción castellana», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo-ACDCT*, vol. I (2009), págs. 85 y ss.

²⁵ Cfr. parágrafo 10b, apartado 2, número 3.

Aussperrungen]²⁶ y, sobre todo —en línea con lo que sucede en Alemania—, de subsidios sindicales de apoyo a los trabajadores afiliados en huelga (denominados, al igual que en Alemania, «*Unterstützungen*»)²⁷.

IV. ESTRUCTURAS NORMATIVAS RELATIVAS AL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

8. En materia de seguridad social, las normas estructurales austríacas nada tienen que con el Derecho de la Seguridad Social vigente en Alemania. En efecto, en este último país existe un «Código de Seguridad Social [*Sozial Gesetzbuch*]», que ha ido promulgándose progresivamente a partir del año 1969²⁸. En la actualidad, se compone de doce «Libros [*Bücher*]». Y aplicando terminología geométrica, cabe afirmar que tres de estos Libros tienen carácter «horizontal», puesto que su contenido informa todo el sistema alemán de seguridad social, mientras que los nueve restantes son Libros «verticales», por causa de su contenido no transversal o, si se quiere, especial. De entre estos otros nueve Libros, los más decisivos son cinco, supuesto que regulan los llamados «cinco pilares [*fünf Säulen*]» del sistema contributivo alemán de seguridad social, a saber: 1) el Libro Séptimo, regulador de una materia de seguridad social más que centenaria en Alemania, pues trata del «Seguro Legal del Accidente [*Gesetzliche Unfallversicherung*]», sobreentendiéndose que el accidente en cuestión es el «accidente de trabajo [*Arbeitsunfall*]» y, también, la «enfermedad profesional [*Berufskrankheit*]»; 2) el gigantesco Libro Tercero (rotulado «Promoción del Empleo [*Arbeitsförderung*]»), que trata del desempleo contributivo y de las políticas activas y pasivas ligadas al mismo, a lo largo de más de cuatro centenares de párrafos; 3) el Libro Sexto (rotulado «Seguro Legal de Pensiones [*Gesetzliche Rentenversicherung*]»), que procede a regular —en lo esencial— pensiones derivadas de riesgos comunes (por jubilación, por incapacidad y por muerte); 4) el Libro Quinto (rotulado «Seguro Legal de Enfermedad [*Gesetzliche Krankenversicherung*]») —que formalmente consta de más de trescientos párrafos—, regulador de las prestaciones derivadas de enfermedad común, tanto en especie como dinerarias; y 5) el Libro Undécimo (rotulado «Seguro Social de Dependencia [*Soziale Pflegeversicherung*]»), hermano menor del anterior, relativo —como es notorio— a un tema de mucha actualidad hoy en España.

9. En Austria, en cambio, al igual que sucede en España, Portugal, Italia o el Reino Unido, la legislación de seguridad social no se encuentra codificada. Existe allí —refiriéndome sólo a lo más estrictamente estructural— una gigantesca «Ley General del Aseguramiento Social [*Allgemeines Sozialversicherungsgesetz*]» de 1955, pero que sólo regula tres de los cinco «pilares» alemanes (esto es, el «Aseguramiento de la Enfermedad [*Krankenversicherung*]», sobreentendiéndose de nuevo que ésta es la enfermedad común²⁹; el «Aseguramiento del Accidente [*Unfallversicherung*]», sobreentendiéndose otra vez que se trata del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional³⁰; y

²⁶ Cfr. párrafo 11b, apartado 1.

²⁷ Cfr. párrafo 2, apartado 2, número 10, y párrafo 18, apartado 1.

²⁸ Sobre el tema, véase A. ARUFE VARELA, «Dos modelos contrastantes de codificación de la legislación de seguridad social: el continental europeo y el norteamericano», *Revista de Derecho Social*, núm. 44 (2009), págs. 121 y ss.

²⁹ Parte Segunda, párrafos 116 a 171.

³⁰ Parte Tercera, párrafos 172 a 220a.

el «Aseguramiento de la Pensión [*Pensionsversicherung*]]»³¹, distinguiéndose aquí una vez más entre el aseguramiento pensionístico «de los trabajadores manuales [*der Arbeiter*]]»³² y «de los trabajadores intelectuales [*der Angestellten*]]»³³; y teniendo en cuenta, además, que desde 1 enero 2005 existe un régimen nuevo de pensiones de jubilación, regulado —con la finalidad de hacer frente a los graves problemas demográficos que gravitan sobre Austria— en la «Ley General de la Pensión [*Allgemeines Pensionsgesetz*]]» de 2004. Los otros dos «pilares» se regulan, por su parte, en la «Ley de Aseguramiento del Desempleo [*Arbeitslosenversicherungsgesetz*]]» de 1977, donde aparece contenido el régimen de la principal prestación contributiva frente a este riesgo profesional (denominada, al igual que sucede en Alemania pero sin ninguna numeración ordinal romana, «subsidio de desempleo [*Arbeitslosengeld*]]»), y en la «Ley Federal del Subsidio de Dependencia [*Bundespflegegeldgesetz*]]» de 1993.

10. Coincidencia estructural entre Alemania y Austria es la relativa al hecho de que el subsidio de incapacidad temporal derivada de riesgos comunes, que inicialmente tiene el deber de abonar el empresario al trabajador, no se considera en ambos países asunto del Derecho de la Seguridad Social —a diferencia de lo que sucede en España—, sino de Derecho del Trabajo puro y duro. Tanto en Alemania como en Austria su regulación está contenida en una Ley exenta, denominada «Ley de Pago Continuo del Salario [*Engeltfortzahlungsgesetz*]]» de 1974, en Austria, y «Ley sobre el Pago del Salario en Días Festivos y en Caso de Enfermedad [*Gesetz über die Zahlung des Arbeitsengelts an Feiertagen und im Krankheitsfall*]]» de 1994, en Alemania. En ambos casos, además, existe una grave diferencia de concepto con la regulación de este subsidio que tenemos en España, puesto que el empresario alemán —si es un empresario pequeño— y el empresario austríaco tienen derecho a que la correspondiente entidad gestora de la seguridad social les reembolse los pagos abonados al trabajador temporalmente incapacitado —derecho que el empresario español perdió, como se sabe, en 1992³⁴—, en los términos previstos en la propia Ley de Pago Continuo del Salario, en Austria, y en los términos previstos en la «Ley sobre Compensación de los Gastos Empresariales por Pago Continuo del Salario [*Gesetz über den Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen für Engeltfortzahlung*]]» de 2005, en Alemania.

V. ESTRUCTURAS NORMATIVAS RELATIVAS AL DERECHO PROCEDIMENTAL Y PROCESAL LABORAL

11. Supuesto que la Inspección de Trabajo es la pieza clave de lo que en España denominamos Derecho procedimental (o Administrativo) laboral, la regulación de la misma no tiene ningún parecido en los dos países vecinos que venimos comparando. En Alemania, no existe una sola Inspección de Trabajo (en alemán, «*Gewerbeaufsicht*»), sino dieciséis Inspecciones de Trabajo distintas, una por cada uno de los dieciséis Estados federados alemanes, carentes de toda regulación unitaria (si se prescinde de

³¹ Parte Cuarta, párrafos 221 a 314a.

³² Párrafos 253 a 269.

³³ Párrafos 270 a 274.

³⁴ Sobre los destrozos ocasionados en España por dicha pérdida, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Una posible explicación jurídica verosímil de lo aparentemente inexplicable: ¿Por qué se registran en España tantos accidentes de trabajo “leves” con baja en el trabajo?», *Tribuna Social*, núm. 199 (2007), págs. 15 y ss.

la exigencia, contenida en la venerable «Ordenanza Industrial [*Gewerbeordnung*]» de 1869, relativa a que los Inspectores tienen que ser «funcionarios»³⁵. En Austria, en cambio, existe una sola Inspección de Trabajo —que es, además, a diferencia de lo que sucede en Alemania, también una verdadera Inspección de seguridad social—, competente para actuar en todo el territorio de la Federación austríaca (y por tanto, en cada uno de sus nueve Estados federados), organizada en diecinueve «Inspectores Regionales de Trabajo [*regionale Arbeitsinspektorate*]» y en un «Inspectorado de Trabajo para la Construcción [*Arbeitsinspektorat für Bauarbeiten*]», directamente dependientes de un «Inspectorado de Trabajo Central [*Zentral- Arbeitsinspektorat*]», y cuya regulación básica está contenida en la «Ley de la Inspección de Trabajo [*Arbeitsinspektionsgesetz*]» de 1993³⁶.

12. En lo tocante al Derecho procesal laboral, las diferencias entre Alemania y Austria son asimismo evidentes. En efecto, en Alemania, existen jurisdicciones separadas para enjuiciar pleitos laborales y pleitos de seguridad social, respectivamente reguladas —en lo orgánico y en lo procesal— por la «Ley del Tribunal de Trabajo [*Arbeitsgerichtsgesetz*]» y por la «Ley del Tribunal de Seguridad Social [*Sozialgerichtsgesetz*]», ambas de 1953³⁷. En Austria, en cambio, existe una sola jurisdicción competente para conocer a la vez de los pleitos laborales y de los pleitos de seguridad social, que es la propia jurisdicción civil ordinaria, cuyas especialidades orgánicas —señaladamente, la atribución de competencia a «Salas [*Senaten*]» especiales de los tribunales civiles ordinarios de primero, segundo y tercer grado, integradas por «Jueces [*Richter*]» profesionales y por «Jueces electivos especializados [*fachkundige Laienrichter*]»— y cuyas especialidades procesales —allí donde no resulte aplicable la «Ley de Enjuiciamiento Civil [*Zivilprozessordnung*]» de 1895— aparecen reguladas en la «Ley del Tribunal de Trabajo y del Tribunal de Seguridad Social [*Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz*]» de 1985.

13. La trascendencia de esta última diferencia estructural se proyecta incluso, al igual que sucede en España, sobre la enseñanza del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social en las Universidades. En efecto, en Austria, todos los planes de estudio para la obtención del Grado en Derecho consideran una sola disciplina —con seguridad, porque también lo es desde el punto de vista jurisdiccional— el «Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social [*Arbeits- un Sozialrecht*]», y con el rango, además, de «especialidad obligatoria [*Pflichtfach*]»³⁸. En cambio, en Alemania,

³⁵ Al respecto, véase A. ARUFE VARELA, *Estudio comparado de la carrera administrativa de los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Europa*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2007), págs. 31 y ss. En Austria, también existe una «Ordenanza Industrial», diez años anterior a la alemana, pero que sólo trata en sus parágrafos 72 a 92 el «Personal Industrial Auxiliar [*Gewerbliches Hilfspersonale*]», con una regulación evocadora del personal auxiliar del comerciante todavía regulado en nuestro Código de Comercio de 1885.

³⁶ Véase «Organisation», en el sitio en Internet de la Inspección (ubicado en www.arbeitsinspektion.gv.at), al que se accede vía «Die Arbeitsinspektion».

³⁷ Sobre la primera, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, cit., págs. 87 y ss.; sobre la segunda, J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and Northamerican, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 104 y ss.

³⁸ Al respecto, por todos, véase el vigente plan de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Graz, accesible en el sitio en Internet de esta última, ubicado en www.uni-graz.at.

la enseñanza universitaria del «Derecho de la Seguridad Social [*Sozialrecht*]», que es —jurisdiccionalmente hablando— Derecho Administrativo especial, nada tiene que ver con la enseñanza universitaria del «Derecho del Trabajo [*Arbeitsrecht*]», resultando ser la regla general —recuérdese que el Código Civil alemán es todavía la principal fuente reguladora del contrato de trabajo—, siempre en Alemania, que «el Derecho del Trabajo forme parte de la enseñanza universitaria del Derecho Civil —en cuanto que “ámbito nuclear”, entre otros muchos, de este último—, apareciendo individualizado como “especialidad obligatoria” (con el mismo rango formal, por tanto, que el Derecho Civil) solamente en seis Estados federados, que son los de Baden-Württemberg, Baviera, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Renania del Norte-Westfalia, Sajonia-Anhalt y Sarre»³⁹.

³⁹ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El género doctrinal “comentarios” en el Derecho alemán. A propósito del “Comentario Erfurtense” sobre Derecho alemán del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 141 (2009), pág. 8.

CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR CON LA VIDA LABORAL EN LA LEY DEL TRABAJO PORTUGUESA*

[RECONCILIATION BETWEEN PERSONAL AND FAMILY LIFE AND LABOR LIFE IN PORTUGUESE LABOR LAW]

António Monteiro Fernandes

Resumen: La temática de la conciliación se encara según dos perspectivas, que no siempre aparecen destacadas: la de la igualdad de género (que implica ajustes en el patrón tradicional de organización de la vida familiar) y la de la salvaguarda de la libertad personal y de la privacidad, que afecta a todos los trabajadores, independientemente del género. La síntesis que el autor hace de los datos del Derecho positivo portugués evidencia, en cuanto al primer aspecto, la conformidad con el patrón europeo de protección de la parentalidad, así como el carácter muy limitado y precario de los regímenes legales que pueden relacionarse con la protección de la libertad y de la privacidad a nivel individual.

Abstract: The subject-matter of reconciliation is faced according to two perspectives, not always emphasized: the one of gender equality (involving adjustments to the traditional model of organization of the family life) and the one of the safeguarding of the personal freedom and privacy, affecting all kinds of employees, irrespective of their gender. The synthesis the author makes under the data of Portuguese positive Law shows, relating to the first issue, a conformity with the European model of parental protection, as well as the very limited and precarious nature of the legal regimes to be related to the protection of the freedom and privacy at a individual level.

Palabras clave: Igualdad de oportunidades – Defensa de la familia – Salvaguarda de la libertad personal – Inefectividad de las normas.

Keywords: Equality of opportunities – Protection of the family – Safeguard of personal freedom – Ineffectiveness of norms.

* * *

* Ponencia aportada a la «Jornada Internacional. Instrumentos jurídicos para facilitar la conciliación de las vidas personal, familiar y laboral: una perspectiva comparada», celebrada en Badajoz, en la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Extremadura (España), el día 2 diciembre 2010. Traducción al castellano, desde el portugués original («Conciliação da Vida pessoal e familiar com a vida laboral na Lei do trabalho Portuguesa»), de Jesús Martínez Girón.

1. La expresión «conciliación vida-trabajo» evoca una temática que, de cara a la organización social y económica que tenemos en nuestros países, está más próxima a la utopía que los objetivos concretos y practicables de una política legislativa laboral. Al igual que el calentamiento global o el narcotráfico, la oposición entre las conveniencias de la vida personal y familiar, de un lado, y las exigencias propias de la vida profesional (sobre todo de los trabajadores por cuenta ajena), del otro lado, puede ciertamente combatirse, pero no eliminarse.

Las propuestas inspiradas por un nivel positivo de sensibilidad social y por preocupaciones serias de defensa de la familia animan discursos y formulaciones políticas dirigidos a la introducción de criterios destinados a «humanizar» la organización del trabajo y a crear espacios de libertad donde reina, por tendencia y por definición, la limitación personal.

Con todo, y simultáneamente, el orden económico vigente, que a todo impone su objetividad y su racionalidad, solicita formas de flexibilidad laboral que significan una creciente superposición de la disponibilidad para el trabajo sobre la disponibilidad para la familia y para la propia persona que trabaja.

La Unión Europea suministra una clara ilustración de esta contradicción permanente. Sus documentos propositivos más recientes —como el famoso «Libro Verde para la modernización de Derecho del Trabajo»— son bastante claros y concretos sobre lo que es preciso hacer para mejorar la «flexibilidad» de las relaciones de trabajo, y lastimosamente inconsistentes en lo que respecta a los medios de armonización de los imperativos del trabajo competitivo con los de la libertad personal.

Es cierto, sin embargo, que no son los objetivos inmediatamente realizables, sino las utopías, lo que hace avanzar al mundo.

2. La temática de la conciliación vida/trabajo se sitúa en la convergencia de varios derechos fundamentales consagrados en la Constitución portuguesa:

- derecho al trabajo y libertad de trabajo (arts. 47 y 58)
- derecho al descanso y al ocio (art. 59)
- defensa de la familia, en especial de la paternidad y de la maternidad (art. 67)
- derecho de participación en la vida pública (art. 48)
- derecho a la protección de la salud (art. 64)
- protección de la privacidad (art. 26)
- igualdad de género (arts. 13 y 59).

Y así y todo, esta última preocupación ético-social es la que más claramente condiciona la definición de los instrumentos jurídicos destinados a facilitar la conciliación. Ésta, al final, está en primera línea, enfrentada a un objetivo asociado al reparto de papeles entre hombre y mujer en la organización de la vida familiar y en el funcionamiento del mercado de trabajo.

3. La «colonización» de la temática de la conciliación por los objetivos de la igualdad de género es, evidentemente, **necesaria**, desde el punto de vista de la organización de la vida familiar, y también en la perspectiva de la realización personal de hombres y mujeres por el trabajo.

Pero es **insuficiente** para garantizar la totalidad de los efectos pretendidos por la conciliación.

Hay, en verdad, que considerar esta última también desde el punto de vista de la salvaguarda de la vida propiamente personal, esto es, de la creación de espacios y tiempos libres en la existencia cotidiana de cada trabajador, independientemente del género, teniendo a la vista su realización personal, su participación cívica y política, o su desarrollo cultural y, en suma, el ejercicio de su libertad.

Por eso, es que, por ejemplo, la Recomendación del Parlamento Europeo sobre la materia, aprobada en 2004, señala la reducción global del tiempo diario de trabajo como «la mejor forma de promover la conciliación entre la vida profesional y la vida familiar».

Y en la misma línea podemos situar el art. 59 de la Constitución portuguesa, según el cual todos los trabajadores tienen «derecho a la organización del trabajo en condiciones socialmente dignificantes, de forma que faculten la realización personal y permitan la conciliación de la actividad profesional con la vida familiar».

Hay, pues, dos lógicas que importa asociar y articular: la de la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo, por un lado, y la de la salvaguarda de la libertad personal en el contexto de la vida profesional, por otro lado.

4. La igualdad de género en lo que respecta al empleo está contemplada, en el Código del Trabajo, por un conjunto de normas específicas (arts. 30-32), que están encuadradas en el régimen general de la igualdad y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo.

La fuerte influencia del Derecho comunitario en este terreno, y el conocimiento que todos tenemos de sus contenidos fundamentales, me dispensan de entrar aquí en detalles.

Inmediatamente a continuación, el Código del Trabajo desarrolla, en más de treinta artículos (arts. 33-65), el régimen de la **protección laboral de la parentalidad** —abarcando la paternidad y la maternidad.

Ese régimen consagra, por un lado, un conjunto de **permisos y licencias**, normalmente cubiertos por prestaciones de seguridad social (subsidios), en favor de cualquiera de los progenitores; por otro lado, confiere a los trabajadores ciertos **derechos modificativos** del contenido de las relaciones de trabajo.

5. En primer lugar, y con respecto a las situaciones de embarazo y de nacimiento del hijo, se establecen cuatro modalidades de **permiso parental**: el permiso **inicial**, de 120 ó 150 días consecutivos (que puede ser compartido entre padre y madre), el permiso **inicial exclusivo de la madre** (30 días antes del parto, seis semanas después del nacimiento), el permiso parental **inicial de uno de los progenitores en caso de imposibilidad del otro**, y el permiso parental **exclusivo del padre** (obligatorio, de 10 días en el mes siguiente al parto).

El permiso inicial está también previsto, en términos idénticos, para los casos de adopción.

Estos permisos no se retribuyen por el empleador, pero están cubiertos por prestaciones económicas equivalentes al salario, por la seguridad social.

La ley reconoce, después, el derecho a licencias específicas para **consulta prenatal** y para **amamantamiento y lactancia**, las cuales se remuneran por el empleador.

Se prevén aún, entre otros, períodos libres de trabajo para cuidado de hijos y de nietos, igualmente cubiertos por prestaciones de seguridad social sustitutivas de la retribución.

6. Por otro lado, la articulación de la actividad profesional con las exigencias de la vida familiar —siempre, por tanto, en el ámbito de la protección de la parentalidad— sirve de fundamento a la posibilidad de ajustes, solicitados por el trabajador, en los regímenes de trabajo aplicados.

La ley atribuye al trabajador —padre o madre, o ambos— **derechos de modificación de las condiciones de trabajo**, señaladamente en lo que toca a la organización de los tiempos de trabajo.

Entre esos derechos, asumen particular relevancia el de pasar, durante cierto tiempo, al régimen de trabajo a **tiempo parcial** y el derecho de trabajar en régimen de **horario flexible** (o sea, en un horario en que se establezcan períodos de presencia obligatoria y tiempos gestionados por el trabajador según su conveniencia). El empleador sólo puede oponerse a estas pretensiones de los trabajadores mediante la invocación de exigencias imperativas del funcionamiento de la empresa o de la imposibilidad de sustituir al trabajador en los tiempos liberados por los regímenes pretendidos.

Además de eso, la ley atribuye todavía, principalmente a la mujer embarazada, púerpera o lactante, la **dispensa de la prestación de horas extraordinarias y de trabajo nocturno** y la **dispensa** de la prestación de trabajo en régimen de **horarios adaptables, banco de horas y horario concentrado**.

El régimen de protección de la maternidad comporta, finalmente, un régimen de control riguroso de la **justificación del despido** de mujeres embarazadas, púerperas y lactantes, con intervención de una entidad encargada de la garantía de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (la Comisión para la Igualdad en el Trabajo y en el Empleo).

7. Fuera del ámbito de la protección de la parentalidad, son muy escasos y poco eficientes los instrumentos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo —señaladamente los que pueden garantizar la articulación de ese objetivo con el de la igualdad de oportunidades entre los géneros.

Desde luego, el régimen de **trabajo a tiempo parcial**, regulado en el Código del Trabajo (arts. 150-156) de acuerdo con el modelo europeo, esto es, en armonía con los principios de la igualdad de trato, de la voluntariedad y de la reversibilidad, se aplica poco en la práctica, señaladamente por parte de las mujeres —que son, en otros países, particularmente en el Norte de Europa, las grandes utilizadoras de ese régimen.

Hay, por lo menos, dos razones claras para explicar esa situación: el bajo nivel de los salarios aplicados en el país, incluso para los trabajadores *full-time*, y la escasa apertura de los empleadores a la utilización de un instrumento que puede implicar alguna complejidad adicional en la gestión de personal.

Otro modelo contemplado en el Código, y aún muy poco utilizado, es el del **teletrabajo** (arts. 165-171). Me refiero al teletrabajo en sentido riguroso y estricto, en el que un profesional se encuentra, durante la prestación de trabajo, en red con la estructura

de la empresa a que pertenece, *on line* con el empleador o su jerarquía, aunque fuera de sus instalaciones. El teletrabajo incluye, pues, una relación de subordinación con soporte electrónico, pudiendo implicar una intensificación del dominio y del control del empleador sobre aquéllo que el trabajador está haciendo en cada momento.

El Código del Trabajo impone, por eso, exigencias de respeto a la privacidad del trabajador y a sus tiempos de descanso y convivencia familiar. El teletrabajo «civilizado», esto es, mantenido dentro de los límites de la legalidad y de la razonabilidad, puede, pues, ser un instrumento importante de conciliación. Así y todo, el mercado de trabajo portugués registra una presencia muy escasa de este modelo.

8. En el terreno de la **organización del tiempo de trabajo**, la ley ofrece un catálogo bastante completo de formas de adaptabilidad (arts. 204-209) —todas ellas basadas en acuerdos individuales o colectivos— que, así y todo, convergen todas en el sentido de ofrecer espacios de decisión a los empleadores, y no en el sentido de favorecer la conciliación vida/trabajo. Por el contrario, esas fórmulas tienden a agravar las dificultades de la conciliación, introduciendo factores de incertidumbre e inestabilidad en la vida de los trabajadores y, además, pudiendo contribuir a la disminución de su rendimiento personal y familiar.

Por otro lado, se practica, principalmente en el trabajo administrativo y de «staff» técnico, el régimen de «horario flexible», no con base en la ley, que no lo prevé, sino con base en la negociación colectiva o en los usos de las empresas. Ese tipo de horario se caracteriza por ofrecer al trabajador algún margen de organización de sus tiempos, permitiéndole decidir en qué momento inicia y termina la jornada de trabajo.

En términos generales, podemos decir que el régimen jurídico de la organización del tiempo de trabajo, atribuyendo prioridad a las necesidades de ajuste de la empresa, no se preocupa claramente de la salvaguarda de condiciones mínimas para la conciliación vida/trabajo. El único factor de moderación que esos regímenes comportan es la necesidad de contractualizar, a nivel individual o colectivo, cualquiera de las fórmulas diseñadas en la ley.

9. Finalmente, una referencia al régimen legal de las **faltas al trabajo** (arts. 248-257), esto es, de las situaciones de no comparecencia del trabajador en el lugar y en el tiempo establecidos para la prestación de trabajo.

Las faltas justificadas no determinan, en principio, ninguna pérdida de derechos o beneficios, incluyendo la retribución. El Código del Trabajo establece una tipología de situaciones que pueden justificar faltas al trabajo (art. 249). Entre ellas, se encuentran tres que pueden relacionarse con la conciliación vida/trabajo.

La primera es la relativa a la situación de los trabajadores que son también estudiantes. El Código define un estatuto particular para estos trabajadores, atribuyéndoles derechos y facilidades para la asistencia a clase y la realización de exámenes (arts. 89-96). Las faltas debidas a este motivo están justificadas sin pérdida de la retribución.

La segunda situación considerada en la tipología de las justificaciones admitidas por la ley es la de prestación de asistencia inaplazable a un miembro, a un descendiente (hijo o nieto) o a otro miembro del grupo familiar del trabajador. Así y todo, estas faltas, que tienen un límite anual (15 días), implican la pérdida de retribución, que se sustituye por una prestación de seguridad social.

En tercer lugar, la ley prevé la falta justificada por desplazamiento del trabajador a la escuela donde estudia su hijo, para tratar la «situación educativa» de este último. Tales faltas, también sujetas a límites cuantitativos, no determinan la pérdida de la retribución.

10. La problemática de la conciliación asume hoy una gran complejidad, en cualquier país. Se trata, claramente, de un tema «global» como tantos otros. Así y todo, Portugal presenta características —sobre todo en lo tocante a la situación de las mujeres en el mercado de trabajo— que le confieren una posición especial ante esa problemática.

Como, probablemente, todos saben, la tasa de empleo femenino en Portugal está por encima de la media europea. Sólo en Escandinavia, en Holanda y en el Reino Unido se encuentran niveles de ocupación femenina más altos. Así y todo, lo que particulariza el caso portugués es que, al contrario de lo que ocurre en algunos de esos países, la gran mayoría de mujeres trabaja en régimen de tiempo completo.

Eso no significa, sin embargo, que las mujeres dispongan, en la estructura familiar predominante, de una posición que les confiera márgenes de auto-disponibilidad suficientemente amplios para que puedan dedicarse a la vida profesional. Las mujeres continúan, en Portugal, soportando las principales responsabilidades de trabajo y de gestión en las labores de familia. Las mujeres portuguesas se casan comparativamente pronto y presentan una relativamente elevada tasa de fecundidad; pero el choque entre la vida familiar y las exigencias del trabajo llevó a que Portugal fuese considerado, en la Europa de los 15¹, el país en que las madres y los padres pasan menos tiempo con los hijos.

Añádase que la proporción entre regímenes de trabajo a tiempo completo y a tiempo parcial, en las mujeres de la franja de edad de los 20-49 años, que cuidan de hijos y que no cuidan de hijos, es la misma: el grado de ocupación del tiempo de vida por el trabajo no influye (al contrario de lo que ocurre en el resto de Europa) en la disponibilidad dedicada a las tareas maternas. Y si el tiempo completo predomina tan ampliamente, es fácil calcular el grado de complejidad y de onerosidad que la conciliación asume en tal cuadro sociocultural.

Si es cierto que el modelo de protección de la parentalidad puede considerarse en conformidad con el patrón europeo, y que otros aspectos de los regímenes laborales indicados parecen adecuados para favorecer un nivel razonable de conciliación, no es menos cierto que en sentido opuesto juegan factores poderosos.

Desde luego, las modalidades de «flexibilización laboral», que no cesan de ampliar su ámbito, juegan naturalmente en sentido opuesto al de la conciliación, toda vez que implican incrementos de disponibilidad de los trabajadores para las maniobras de ajuste de las empresas a las condiciones variables que el ambiente económico y tecnológico les va imponiendo.

¹ Las informaciones citadas en el texto provienen de un estudio publicado en 2005: LINA COELHO, *Participação das mulheres na actividade e conciliação entre vida familiar e vida profissional, Texto de apoio ao seminário do Núcleo de Estudos sobre Governação e Instituições da Economia*, CES, Marzo de 2005, accesible en www.ces.uc.pt/myces/UserFiles.

En fin, el más importante de esos factores desfavorables consiste en el bajo nivel de efectividad de las normas laborales en general, y en particular de aquellas que están al servicio de la conciliación vida/trabajo. La inefectividad no resulta tanto de la cultura de incumplimiento —que, sin duda, existe, en éste como en otros terrenos de la normatividad imperativa— como de las limitaciones que la crisis del empleo impone a la utilización de los dispositivos de protección que la ley prevé, por parte de sus beneficiarios. Los trabajadores acaban, así, por ser, de un modo un tanto irónico, agentes de la neutralización de los objetivos protectores de la ley —lo que explica, en buena parte, el retrato social del país que los datos sociológicos permiten diseñar.

LA VIABILIDAD FUTURA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE PENSIONES. CONSIDERACIONES A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO

[THE FUTURE VIABILITY OF THE SPANISH PENSIONS SYSTEM. CONSIDERATIONS IN THE LIGHT OF COMPARATIVE LAW]

Jesús Palmou Lorenzo

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. III. SITUACIÓN ACTUAL. IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO. V. CONCLUSIONES.

Contents: I. INTRODUCTION. II. HISTORIC BACKGROUND. III. CURRENT SITUATION. IV. PERSPECTIVES FOR THE FUTURE. V. CONCLUSIONS.

Resumen: Según el autor, el sistema español de pensiones es viable, aunque es necesario hacer en él algunas reformas, relativas a la edad de jubilación y al período de cálculo de la prestación, teniendo en cuenta su posible impacto de género.

Abstract: According to the author, the Spanish pensions system is viable, although it is necessary to make some reforms in it, regarding to the age for retirement and to the term for accounting the benefit, bearing in mind their possible gender impact.

Palabras clave: España – Seguridad Social – Derecho comparado – Pensiones.

Keywords: Spain – Social Security – Comparative Law – Pensions.

* * *

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de los últimos meses venimos asistiendo a un intenso e importante debate político y social sobre la solidez de nuestro sistema de pensiones, con su actual configuración, y la necesidad, o no, de abordar una reforma que garantice su supervivencia más allá de los próximos veinte o treinta años. Se suscita este debate en España en un contexto de profunda crisis económica, lo que lleva a muchos a pensar que los problemas que acechan a nuestro sistema de previsión son derivados de dicha crisis. No obstante, hay circunstancias, como la evolución demográfica condicionada por el número de nacimientos y la esperanza de vida, que inciden en la pirámide de población y la relación entre población activa y población pensionista, circunstancias que son las que realmente pueden determinar esa futura viabilidad u obligar a acometer reformas necesarias. Si esto es así, es perfectamente razonable que las instituciones públicas estudien con rigor las consecuencias negativas que esta evolución demográfica puede tener sobre nuestro sistema de pensiones, con el objeto de abordar, con acierto, la adopción de las medidas que puedan neutralizarlas y garantizar su futuro.

Países como Alemania han tenido ya este debate, al menos a nivel político, abordando modificaciones legislativas, de gradual implantación para evitar un brusco impacto en la vida de los ciudadanos afectados y en su sistema productivo.

En consecuencia, nos proponemos llevar a cabo un análisis de nuestro sistema de pensiones con el objeto de extraer algunas conclusiones que nos permitan arrojar luz sobre la necesidad y orientación de un proceso de reformas que puedan ser asumidas por la sociedad actual, que no tengan impacto negativo sobre la competitividad y la igualdad de género y cumplan la premisa de alumbrar un sistema más eficiente y capaz de garantizar las pensiones del futuro.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En 1889, la misma fecha en que se promulga nuestro Código Civil, el Canciller Bismark, más por razones políticas que sociales, implanta en Alemania el primer Seguro Obligatorio de Jubilación de la historia. Se financia por el procedimiento de capitalización a través de las cotizaciones de empleadores y trabajadores al cincuenta por ciento, y fija la edad para tener derecho a la prestación en setenta años si bien más tarde, en 1916, rebaja esta edad a sesenta y cinco. La esperanza media de vida en aquel país en la última década del siglo XIX, momento de implantación del sistema de previsión, es de cuarenta y seis años, es decir, veinticuatro años por debajo de la edad de jubilación. El sistema funciona con tal eficiencia que el Estado, además de rebajar la edad de jubilación, aprovecha parte de los recursos de las cotizaciones para acometer otras obras de carácter social.

En España, el Retiro Obrero Obligatorio se implanta en 1921 estableciendo en sesenta y cinco años la edad de jubilación. El procedimiento de financiación es también de capitalización a través de aportaciones del Estado y empresas, quedando exentos los trabajadores. Se fija un mínimo de quinientas cuotas semanales —diez años de carencia— para tener derecho a la prestación y la cobertura se limitaba, inicialmente, a los trabajadores menores de cuarenta y cinco años. La esperanza media de vida en nuestro país, en esta década, es de cincuenta y cinco años, diez años inferior a la edad de jubilación.

Obsérvese que en ambos casos, Alemania y España fijan la edad de jubilación muy por encima de la esperanza media de vida.

Por Ley de 1 de septiembre de 1939 se implanta el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), de afiliación obligatoria para los trabajadores por cuenta ajena, reemplazando al antiguo Retiro Obrero. Sustituye el anterior sistema de capitalización por el de reparto y se financia mediante cuotas patronales proporcionales a los salarios. El período de carencia se rebaja a 1.800 días, equivalentes a cinco años y se mantiene la edad de jubilación en sesenta y cinco.

Con posterioridad, una Orden del Ministerio de Trabajo de 1954 aprueba el Reglamento General del Mutualismo Laboral y rebaja la edad de jubilación de los trabajadores por cuenta ajena a sesenta años, con un mínimo de diez años de trabajo efectivo (período de carencia) dentro del territorio nacional.

El Decreto de 21 de abril de 1966 que aprueba el texto articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social, regula la pensión de jubilación con cargo a cotizaciones de empresarios y trabajadores. Eleva nuevamente la edad de jubilación a sesenta y cinco años, continuando en diez el período de carencia. El Decreto de 30 de mayo de 1974, que aprueba un nuevo texto refundido, mantiene las condiciones del anterior. Finalmente, tras surgir tensiones financieras en el sistema, el Decreto de 2 de octubre de 1985 eleva el período de carencia de diez a quince años.

Como se puede observar, ni la edad de jubilación ni el período de carencia se han mantenido fijos ni han tenido una evolución constante a lo largo del tiempo. Por el contrario han fluctuado en más o en menos según el momento y la situación económica.

III. SITUACIÓN ACTUAL

A día de hoy, la jubilación se regula por el vigente Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, que mantiene en sesenta y cinco años la edad para tener derecho a la prestación y el período de carencia en quince. Sin embargo, la esperanza media de vida ha pasado de los cuarenta y seis años en la última década del siglo XIX a ochenta años en la actualidad, es decir, quince años por encima de la edad de jubilación.

Además, como ya quedó expuesto, se opera un cambio importante en el sistema de financiación desde el inicial procedimiento de capitalización al actual de reparto, de modo que son los trabajadores y empresas de hoy quienes con sus cotizaciones pagan las pensiones de los jubilados, con la esperanza de que los trabajadores de mañana pagarán las suyas. De ahí surge la primera preocupación e interrogante. ¿Podrán los trabajadores y empresas del futuro hacer frente con sus cotizaciones al abono de las pensiones, sin que ello suponga un coste excesivo para el sistema productivo?

IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO

El Congreso de Geriátrica celebrado en Viena en marzo del año 2004 estableció, en una de sus conclusiones, que quienes en ese momento tenían cincuenta años estaban en el ecuador de la vida. De acuerdo con esta conclusión, en el año 2054 la esperanza media de vida rondará los cien años. Hoy la gran mayoría de los trabajadores cobran la pensión durante quince años y en el año 2050, de mantenerse la actual edad de

jubilación, la cobrarían durante treinta y cinco años. Por otra parte, en nuestro país hay, en la actualidad, un jubilado por cada cuatro activos. Sin embargo, las previsiones de Eurostat para España sobre la evolución demográfica y laboral, nos hablan de un pensionista por cada dos activos en el año 2050, y ello presumiendo que se mantengan las actuales tasas de natalidad, una incorporación de la mujer al trabajo similar a la del hombre y el actual flujo de población inmigrante.

De cumplirse estas previsiones es fácil extraer consecuencias sobre las dificultades del actual sistema para hacer frente a las prestaciones de jubilación en el futuro. En el año 2050, cada dos activos deberán costear una pensión de jubilación, con la perspectiva de que el abono de la misma se prolongue durante 35 años, generando un déficit, con respecto a la situación actual, del cien por cien, difícilmente abordable a través del incremento de cotizaciones y difícilmente asumible por el Estado con cargo a los presupuestos generales. Así las cosas, parece razonable pensar que la solución del problema deberá llegar a través de una de estas dos posibles vías: disminuir el gasto en pensiones o aumentar los ingresos del sistema para hacerles frente.

La disminución del gasto puede abordarse, bien mediante una reducción del importe de las pensiones, lo cual, al menos en los casos de pensiones más bajas, no parece factible; o bien aumentando la edad de jubilación y el período mínimo de cotización o carencia para tener derecho a la misma, modulando, además, su cuantía a través del incremento del período de cotización a computar para el cálculo de la pensión.

En cuanto al posible aumento de ingresos, podría llevarse a cabo a través de la modificación al alza de las cotizaciones, siempre que un equivalente incremento de la productividad lo permitiera; o bien aumentando el número de cotizantes, es decir, de activos. Como ya queda expuesto, el incremento de cotizaciones puede tener una incidencia negativa en la competitividad si se aborda desde un solo país y en una economía globalizada como la actual. El aumento de población activa sólo es posible consiguiendo mayores tasas de natalidad, situación no previsible, o incrementando la población inmigrante. Para conseguir una situación como la actual de cuatro activos por cada pensionista con las previsiones que venimos manejando, sería necesario que alrededor del año 2050, de cada cuatro trabajadores dos fueran inmigrantes y cabe preguntarse si es posible conseguir tasas de inmigración tan elevadas y sobre sus consecuencias en el ámbito sociocultural. Por último, al igual que ocurría con la disminución de los gastos, también aquí se puede conseguir un incremento de los ingresos, elevando la edad de jubilación y con ello los años de cotización, estimulando además el trabajo voluntario más allá de la edad límite.

V. CONCLUSIONES

Si analizamos cada una de las propuestas o soluciones que quedan expuestas, claramente se vislumbra que las más factibles parecen ser el incremento de la edad de jubilación y del período a computar para el cálculo de la pensión.

En cuanto a la primera, es decir, incremento de la edad de jubilación, deberá ser gradual, evitando un impacto excesivo sobre las pensiones de quienes se encuentran próximos a la edad de jubilación; y ello, porque la evolución demográfica negativa es también gradual y, en consecuencia, sus efectos no son inmediatos. En esta línea,

la República Federal Alemana llevó a cabo una reforma del sistema a través de la Ley de 10 de marzo de 2007 que incrementa la edad de jubilación de forma paulatina desde los sesenta y cinco a los sesenta y siete años, comenzando en el año 2012 y terminando en el año 2029 en que se generalizaría la edad de jubilación en los sesenta y siete, salvo para los que tengan cotizados cuarenta y cinco años o más. La justificación de esta medida la encuentran los alemanes, precisamente, en evitar en el futuro un necesario incremento de las cotizaciones que pudiera tener influencia negativa en su competitividad.

Por su parte, la República Francesa abordó también, el pasado año, una reforma que eleva la edad de jubilación de los sesenta a los sesenta y dos años.

Por lo que se refiere al incremento de período de carencia o años cotizados para tener derecho a la pensión y también el período de cotización para el cálculo de la misma, tendrán sin duda un impacto negativo sobre la igualdad de género que será preciso corregir. Basta echar una ojeada a los datos de afiliación a la seguridad social para comprobar que las mujeres se han incorporado al trabajo con bastante más edad que los hombres, bien por imperativos del mercado laboral, bien por su mayor implicación en la vida familiar —alumbramiento y cuidado de los hijos y mayores—, o bien por las mayores dificultades de las mujeres embarazadas y de más de treinta años para encontrar trabajo. Se puede estimar que por cada hombre afectado por el aumento del período de carencia, lo estarían siete mujeres. En consecuencia, parece razonable la articulación de medidas correctoras que garanticen la igualdad y eliminen ese impacto negativo sobre la población femenina trabajadora. Valorar y computar, de alguna manera, la existencia de hijos y su número y esa mayor dificultad para llegar al mercado laboral, se plantean como soluciones posibles.

Así las cosas, no parece descabellado pensar en la necesidad, o al menos conveniencia, de que nuestro país aborde también reformas que incrementen de forma progresiva la edad de jubilación y, especialmente, la aproximación de la edad real a la edad legal, máxime si tenemos en cuenta que la jubilación real está actualmente en los sesenta y tres años, es decir, dos años por debajo la edad legal, y que el veinte por ciento de los jubilados lo ha hecho a los sesenta años. En todo caso, el incremento del período de carencia y del cómputo para calcular el importe de la pensión debe ir acompañado de las medidas ya mencionadas que eviten un impacto negativo, con respecto a la situación actual, en la igualdad de mujeres y hombres en el acceso a la jubilación.

LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR FRENTE AL DESPIDO EN EL DERECHO ALEMÁN

[THE WORKER'S PROTECTION AGAINST DISMISSAL IN GERMAN LAW]

M^a Teresa Velasco Portero
Martin Fröhlich

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PROTECCIÓN GENERAL CONTRA EL DESPIDO: LA *KÜNDIGUNGSSCHUTZGESETZ*. 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA *KÜNDIGUNGSSCHUTZGESETZ*. 1.1. Requisitos relativos a la persona del trabajador. 1.2. Requisitos relativos a la empresa. 2. LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO CONFIGURADA EN LA *KSchG*. 2.1. La justificación social; en particular, la causa económica. 2.2. La selección social. III. LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO EN LOS SUPUESTOS EXCLUIDOS DE LA *KÜNDIGUNGSSCHUTZGESETZ*. 1. CONSTITUCIONALIDAD DEL DOBLE RÉGIMEN. 2. PROTECCIÓN SEGÚN LAS REGLAS GENERALES DEL DESPIDO. 3. PLAZOS DE PREAVISO PARA PROCEDER AL DESPIDO. 4. REGLAS DE LA *KSchG* QUE SON DE APLICACIÓN EN LOS CENTROS DE TRABAJO PEQUEÑOS. BIBLIOGRAFÍA.

Contents: I. INTRODUCTION. II. THE GENERAL PROTECTION AGAINST DISMISSALS: THE *KÜNDIGUNGSSCHUTZGESETZ*. 1. THE SCOPE OF THE *KÜNDIGUNGSSCHUTZGESETZ*. 1.1. Requirements relating to the person of the employee. 1.2. Requirements relating to the enterprise. 2. THE PROTECTION AGAINST DISMISSALS EMBODIED IN THE *KSchG*. 2.1. The social justification; specially, the economic reason. 2.2. The social selection. III. THE PROTECTION AGAINST DISMISSALS IN THE CASES EXCLUDED BY THE *KÜNDIGUNGSSCHUTZGESETZ*. 1. CONSTITUTIONALITY OF THE DOUBLE REGIME. 2. PROTECTION ACCORDING TO THE GENERAL RULES FOR DISMISSALS. 3. NOTICE TERMS TO IMPLEMENT THE DISMISSALS. 4. THE RULES OF THE *KSchG* APPLICABLE TO SMALL FACTORIES. BIBLIOGRAPHY.

Resumen: La regulación del despido es uno de los elementos clave en la llamada “flexibilidad en las relaciones laborales”, imprescindible para superar las situaciones de crisis económica como la que ahora mismo está atravesando España. Pero las demandas de flexibilidad de los empresarios chocan con las demandas de estabilidad en el empleo de los trabajadores, que dependen económicamente de la percepción salarial. En nuestro país existe un régimen único de despido, de manera que todos los empresarios tienen las mismas obligaciones en el caso de decidir extinguir la relación; en cambio en Alemania, país que ha conseguido superar ya la crisis económica, la protección del trabajador frente al despido depende del tamaño de su centro de trabajo. En este estudio se exponen los principales rasgos de los dos regímenes de protección frente al despido existentes en Alemania, el vigente con carácter general y el aplicable en los centros de trabajo pequeños.

***Abstract:** The regulation of dismissal is one of the key elements in labour market flexibility, essential to get through the situations of economical crisis, as the one that nowadays is suffering Spain. But the demands of flexibility, made by employers, collide with the demands of employment stability made by workers, economically dependant on their wages. In our country there is only a dismissal procedure, implying that all undertakers have the same obligations when they decide to put an end to a contract. On the other hand, in Germany, a country that has got through the crisis, the workers' protection depends on the size of the workplace. In this paper, we try to show the main traits of both protection regimes in Germany, one general, and one specifically centered on small workplaces.*

Palabras clave: Despido en Alemania – KÜNDIGUNGSSCHUTZGESETZ – Centro de trabajo.

***Keywords:** Dismissal in Germany – KÜNDIGUNGSSCHUTZGESETZ – Workplace.*

* * *

I. INTRODUCCIÓN

Es indudable que el despido es una de las grandes instituciones del Derecho Laboral; que al interés que reviste para los iuslaboralistas añade una gran importancia macro y microeconómica. La regulación del despido es uno de los elementos clave en la llamada “flexibilidad en las relaciones laborales”, que a su vez es requisito que se considera imprescindible para superar las situaciones de crisis económica. Pero las demandas de flexibilidad de los empresarios chocan con las demandas de estabilidad en el empleo de los trabajadores, que dependen económicamente de la percepción salarial.

En nuestro país la protección frente al despido, en líneas generales, se ha ido flexibilizando con cada una de las grandes reformas laborales que se han ido acometiendo¹. A pesar de ello, en todas ellas se han respetado sus líneas esenciales; en concreto, su carácter causal y su carácter único. Son dos elementos básicos y característicos del régimen jurídico del despido en nuestro país que han sobrevivido a las sucesivas reformas laborales, aunque con matices. Así, podemos decir que si bien se sigue exigiendo una causa que justifique el despido, en última instancia es posible un despido sin causa indemnizado². Por lo que respecta al carácter único del régimen, en el sentido de que es aplicable a todos los trabajadores sujetos de un contrato de trabajo común³, también se han ido introduciendo algunas matizaciones, fundamentalmente por medio de la creación de una modalidad de contrato de contrato fijo cuya única peculiaridad es la de celebrarse con personas que reúnen alguno de los requisitos previstos en la ley, y que hacen referencia a circunstancias que dificultan su contratación. Las personas contratadas con esta modalidad de contrato fijo, llamado “de fomento de la contratación indefinida” en caso de ser despedidas de manera improcedente tendrán una indemnización menor que la prevista con carácter general⁴.

En cambio, el tamaño de la empresa prácticamente no se toma en consideración, con la excepción de excluir del procedimiento de despido colectivo algunos supuestos muy excepcionales y encuadrarlos en el despido por circunstancias objetivas⁵.

La cuestión es muy distinta en Derecho Alemán, que configura dos niveles diferentes de protección del trabajador en caso de despido. Uno de estos niveles es el regulado en la llamada *Kündigungsschutzgesetz* (KSchG), Ley de Protección contra el despido⁶,

¹ Decimos “en líneas generales” porque en algunos supuestos concretos se ha ido aumentando la protección del trabajador, como es el caso de los despidos de personas que ejercen derechos relacionados con la conciliación de vida personal, laboral y familiar.

² La famosa indemnización por despido improcedente.

³ Con algunas peculiaridades en algunas relaciones laborales especiales derivadas precisamente de la especial naturaleza de cada una de estas relaciones (deportistas profesionales, personal de alta dirección, servicio del hogar familiar...).

⁴ El contrato fijo para el fomento de la contratación indefinida se creó por el Decreto-Ley 8/1997, que dio lugar posteriormente a la Ley 63/1997. Ha sufrido diversas reformas, la última de ellas por medio de la Ley 35/2010, de reforma laboral, que ha ampliado considerablemente los supuestos en que se puede utilizar (Vid. GÁRATE CASTRO, J., “La modificación del régimen jurídico de la contratación laboral por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, *AL*, 1/2011, pp. 20 y ss.).

⁵ Art. 51 ET “Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas.” De esta manera, la empresa de cinco o menos trabajadores que cese en su actividad no tiene que seguir un ERE, sino que puede despedir por el procedimiento del art.52 ET. Por otra parte, el procedimiento del art. 51 ET (despido colectivo) tiene algunas peculiaridades según el tamaño de la empresa.

⁶ Recordemos que el derecho alemán no está codificado, existiendo una serie de leyes cada una de las cuales regula una de las grandes instituciones del Derecho Laboral. La *Kündigungsschutzgesetz* (KSchG) es una de las más importantes.

que establece el régimen general para proceder a la extinción del contrato por parte del empresario; el segundo nivel es el que corresponde a aquellos supuestos exceptuados de dicha ley, en los cuales se aplican las previsiones relevantes y generales del Código Civil Alemán, el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB).

La mencionada Ley de Protección contra el Despido, con unas garantías para el trabajador intensificadas con respecto a la regulación del Código Civil, solo se aplica en los centros de trabajo grandes. Esta es una de las grandes diferencias con respecto al régimen español: el hecho de que los pequeños empresarios tienen mucha más facilidad que los grandes para despedir a sus trabajadores.

La existencia de dos niveles de protección del trabajador, en función del tamaño de la empresa en la que preste sus servicios, es una cuestión que en principio puede parecer objetable, por el agravio comparativo a que pudiera dar lugar. Sin embargo, ha sido avalada tanto por la doctrina como por el Tribunal Constitucional alemán. La estricta normativa de protección contra el despido regulada en la *Kündigungsschutzgesetz* se aplica a un gran número de trabajadores, pero no a todos, puesto que su ámbito de aplicación está delimitado por diversos factores, siendo uno de los más relevantes el tamaño del centro de trabajo en el que presta sus servicios el trabajador afectado. Los centros más pequeños están excluidos de la legislación general de protección contra el despido con el objetivo de facilitar la gestión de los recursos humanos en las pequeñas empresas. La exclusión del régimen general se fundamenta en dos razones: en primer lugar por las especiales características de la relación laboral en este tipo de centros pequeños, en los que se produce una relación intensa y cercana entre empleadores y empleados; la segunda razón se refiere a las peculiaridades del empleador, que no dispone de los grandes capitales del otro tipo de empresas⁷. Por todo ello, el legislador ha considerado conveniente no gravar al pequeño empresario con las altas exigencias de la *Kündigungsschutzgesetz*, entendiéndolo que someter a las pequeñas empresas a un régimen tan estricto de despido las disuadiría de contratar trabajadores, lo que afectaría muy negativamente al mercado de trabajo. Esto no quiere decir que los trabajadores de estas empresas no tengan protección contra el despido, sino que se les aplica un régimen distinto, que es el establecido en el Código Civil (BGB). La constitucionalidad de la diferencia de trato, a pesar de la importancia de la materia a la que afecta, no ofrece dudas, ya que ha sido admitida por el Tribunal Constitucional Alemán (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG)⁸.

La otra diferencia importante entre el régimen alemán y el español (al menos a nivel teórico) es que la ley solo contempla dos casos de despido: el que podríamos asimilar con nuestro “despido procedente” y el que se equipara a nuestro “despido nulo”, en cuyo caso es obligatoria la readmisión. De esta manera, la Ley de Protección contra el Despido (la *Kündigungsschutzgesetz*) no prevé la posibilidad de opción entre indemnizar al trabajador o readmitirlo, ya que si el despido no prospera la ley establece que la consecuencia será la continuación de la relación laboral, de manera que el trabajador afectado puede regresar a su puesto de trabajo. A pesar de ello, *de facto* sí que existe la posibilidad de sustituir la readmisión por indemnización; de hecho, en la

⁷ *Hergenröder*, en *Münchener Kommentar BGB*, 2009, § 23 KSchG Rn. 15.

⁸ *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) 27.1.1998, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (BVerfGE) 97, 169 ss.

práctica, muchos procedimientos de despido terminan con la renuncia del trabajador a su derecho a continuar la relación laboral, recibiendo a cambio una indemnización por despido pactada con el empresario.

II. LA PROTECCIÓN GENERAL CONTRA EL DESPIDO: LA *KÜNDIGUNGSSCHUTZGESETZ*

La ley laboral de protección contra el despido es la *Kündigungsschutzgesetz*, que se aplica con carácter general en los casos de extinción de la relación laboral por parte del empresario. Esta ley establece la causalidad del despido y la necesidad de proceder a una selección social de los trabajadores afectados, lo cual garantiza una amplia protección del trabajador. Sin embargo, la propia ley limita su ámbito de aplicación, estableciendo que sus preceptos no rigen en determinadas empresas ni para determinados trabajadores.

De esta manera, nos encontramos con un régimen general, muy tuitivo, y un régimen excepcional, más laxo, que se rige por las disposiciones del Código Civil. Analizaremos en primer lugar el régimen general para adentrarnos a continuación en las peculiaridades del régimen excepcional.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA *KÜNDIGUNGSSCHUTZGESETZ*

Los § 1 I y § 23 I 2 KSchG regulan el ámbito de aplicación de la *Kündigungsschutzgesetz*, a cuyos efectos tiene especial relevancia el número de trabajadores empleados en el centro de trabajo: como hemos adelantado, las relaciones laborales desarrolladas en un centro de trabajo pequeño (entendiendo por tal aquel en que están empleados 10 o menos trabajadores a tiempo completo), están excluidas de la *Kündigungsschutzgesetz*.

1.1. Requisitos relativos a la persona del trabajador

Sin embargo, el tamaño del centro de trabajo no es el único criterio que determina la aplicación o no de la KSchG, que fija otros requisitos que excluyen a determinados trabajadores de la protección.

- a) Según el § 1 I KSchG, la protección contra el despido solo se aplica a los trabajadores “cuya relación laboral ha existido en el mismo centro de trabajo o empresa sin interrupción más de seis meses”. Este plazo coincide con el llamado “tiempo de prueba”, durante el cual el empresario debe comprobar si el trabajador realiza bien sus funciones. El plazo es dispositivo en favor del trabajador, de manera que las partes de la relación laboral pueden renunciar a este periodo o fijar un plazo mas corto⁹.
- b) Otros supuestos de sujetos excluidos de la aplicación del KSchG son los señalados en su Parágrafo 14: en primer lugar, en el caso de centros de trabajo de una persona jurídica, los miembros del órgano designado para su representación legal (como, por ejemplo, el Director de una Sociedad Limitada (*GmbH*) y, en segundo lugar, en los centros de trabajo de una sociedad personalista, las personas designadas

⁹ Véase Dörner, en Ascheid/Preis/Schmidt, § 1 KSchG Rn. 22 ss.; Oetker, en Erfurter Kommentar, § 1 KSchG Rn. 32.

para la representación de la sociedad personalista por la Ley, los estatutos o el contrato social (§ 14 I KSchG). En cambio, los altos ejecutivos en general (administradores, gerentes y puestos directivos similares) supuesto que a su vez tengan poderes autónomos para la contratación o el despido de los trabajadores, sí están amparados por la protección contra el despido (§ 14 II 1 KSchG), aunque en su caso no esté dirigida a la continuación de la relación laboral sino a que reciban una indemnización por despido apropiada (§ 14 II 1, en relación con § 9 I KSchG)¹⁰.

1.2. Requisitos relativos a la empresa

a. El número de trabajadores del centro de trabajo

Actualmente, para que se aplique la *Kündigungsschutzgesetz* se exige que el centro de trabajo tenga más de 10 trabajadores empleados regularmente. Para determinar el número de trabajadores del centro se toman en cuenta, en principio, a todos sus empleados, salvo los que sean sujetos de una relación de la formación profesional —aprendices—; con esta regla se pretende facilitar que las pequeñas empresas estén dispuestas a contratar aprendices, porque esta circunstancia no implicará que el centro de trabajo entre en el campo de aplicación de la KSchG. En el caso de trabajadores que trabajen a tiempo parcial, se computan de manera proporcional a sus horas de trabajo: el trabajador con una jornada semanal ordinaria de no más de veinte horas a la semana se computa como 0,5, y los que no trabajan regularmente más de 30 horas a la semana se computan como 0,75. Si trabajan más de 30 horas a la semana computan como un trabajador (§ 23 I 4 KSchG).

Para efectuar el cálculo se tienen en cuenta los trabajadores que estén empleados de manera regular y de forma permanente en el momento del despido; por lo tanto, no se tienen en cuenta los trabajadores que solo estén por un corto periodo de tiempo en el centro de trabajo. En cuanto a los altos ejecutivos, aunque no gocen de la protección general, se tienen en consideración a efectos del cómputo de trabajadores.

El número de trabajadores que se considera umbral para la aplicación de la ley fue objeto de varias reformas en los años 90; el límite actual está vigente desde 1/1/2004. Desde esta fecha, la *Kündigungsschutzgesetz* se aplica en los centros de trabajo que tengan más de diez trabajadores, modificando el umbral anterior que determinaba que la protección era de aplicación en aquellos centros que ocupasen más de cinco trabajadores. Para que no se produjese un empeoramiento de condiciones de aquellos trabajadores que con arreglo a la antigua regulación tenían derecho a la protección general, se estableció un régimen transitorio. Es el fijado en el § 23 I 2 *Kündigungsschutzgesetz*, según el cual la protección general se aplica a los trabajadores que fueron contratados antes del 31/12/2003 siempre que en el centro haya más de cinco trabajadores en estas circunstancias. Para ellos no tiene importancia el hecho de que el centro tenga más o menos de diez trabajadores en total; la cuestión clave es que para fijar ese umbral (más reducido que el establecido como regla general) solo se computan los trabajadores antiguos.

¹⁰ Vease para este tema: *Oetker*, en *Erfurter Kommentar*, § 1 KSchG Rn. 28.

Este complejo régimen de transición supone que puede haber centros de trabajo cuyos trabajadores tengan diferentes niveles de protección contra el despido: para algunos trabajadores será de aplicación la KSchG (por tener el centro entre cinco y diez trabajadores y haber sido contratados antes de 31-12-2003) y para otros no (por haber sido contratados después de esa fecha, y tener el centro de trabajo diez o menos trabajadores —sin contarlos a ellos— en el momento del despido)¹¹.

b. Concepto de “centro del trabajo”

La definición del centro del trabajo no es tarea fácil, y su configuración como unidad determinante de la aplicación de distintos sistemas de protección frente al despido es una diferencia importante entre el Derecho Laboral alemán y el español. De manera distinta al ordenamiento español, en el Derecho alemán el elemento de referencia no es la empresa en su conjunto, sino el centro del trabajo individual, cuyo tamaño determinará la aplicación o no de la KSchG. Esto no es una excepción en el sistema jurídico-laboral alemán, ya que el concepto de centro del trabajo es de vital importancia en este ordenamiento (por ejemplo, la regulación del Comité de Empresa también lo toma como referencia). Por eso resulta particularmente llamativo que no exista una definición legal del concepto en la *Kündigungsschutzgesetz*. En general, se entiende como centro del trabajo una unidad organizativa, en que el empresario persigue —solo o con el concurso de trabajadores— unos objetivos concretos, de manera que una empresa puede estar constituida por varios centros de trabajo¹². El *Bundesarbeitsgericht* utiliza esta noción genérica de centro de trabajo para la aplicación de lo establecido en la *Kündigungsschutzgesetz*. Ante un supuesto concreto, para delimitar si estamos ante un auténtico “centro de trabajo” o si se trata, por el contrario, de una unidad que tan solo es una parte dependiente de un centro de trabajo, el *Bundesarbeitsgericht* atiende a la existencia o no de una dirección uniforme. Un centro de trabajo puede estar constituido por varias unidades de organización, siempre que estas unidades no sean independientes y exista una tarea significativa y uniforme para todo el centro. El elemento decisivo es que haya unidad organizativa entre todas las tareas realizadas¹³. No es necesario que todos los componentes de un centro de trabajo estén en el mismo sitio; en este sentido, el BAG ha resuelto que un conjunto de varios puntos de ventas de una tienda pueden formar un solo centro de trabajo, por tener una organización y dirección uniforme¹⁴. De la misma manera, se considera que existe un centro de trabajo en aquellas organizaciones en las cuales, a pesar de coexistir trabajadores de varios empresarios diferentes, la unidad concreta cuenta con una dirección uniforme¹⁵.

Esta interpretación de la noción de centro de trabajo a efectos de aplicar la KSchG ha sido objeto de diversas críticas: parte de la doctrina entiende que la *Kündigungsschutzgesetz* debería tomar como referencia para determinar su ámbito de aplicación la empresa en su conjunto (el empresario), de manera que si una empresa tiene varios centros de trabajos con menos de 10 trabajadores pero en su conjunto la suma de trabajadores

¹¹ Véase sobre este tema *Zundel*, NJW 2006, 3467, 3468; *Schiefer/Worzalla*, NZA 2004, 345, 358.

¹² *Preis*, en Erfurter Kommentar, § 611 BGB, Rn. 194; *Kiel*, in Erfurter Kommentar, § 23 KSchG, Rn. 4.

¹³ *Kiel*, en Erfurter Kommentar, § 23 KSchG Rn. 4.

¹⁴ AG 25.11.1993, NZA 1994, 837; véase también *Moll*, en *Ascheid/Preis/Schmidt*, § 23 KSchG Rn. 13.

¹⁵ *Kiel*, en Erfurter Kommentar, § 23 KSchG Rn. 5.

supera el límite establecido por la *Kündigungsschutzgesetz*, debería aplicársele su régimen de protección. Entienden que no es justo beneficiar al empresario grande que ha adoptado una política de subdivisión de su empresa. En estos casos no hay una relación especial y cercana entre empresario y trabajador, sino que se trata de una relación tan impersonal como en un centro de trabajo grande. Por otra parte, este empresario tiene capital suficiente como para poder soportar la protección de la *Kündigungsschutzgesetz*, por lo que no existe ninguno de los dos elementos que justifican la existencia de un régimen más suavizado para proceder al despido.¹⁶ Aunque esta crítica no es descabellada, el texto de la ley está claramente en contra de esta interpretación. El legislador utilizó la palabra que se refiere al centro del trabajo (*Betrieb*) y no la palabra que se refiere a la empresa (*Unternehmen*), de manera que, según la opinión mayoritaria en la doctrina, no cabe otra interpretación que la literal: el legislador conocía la diferencia entre *Betrieb* y *Unternehmen* y, a pesar de ello, decidió utilizar la noción del *Betrieb*.¹⁷ Además, a lo largo de los años se han producido varias reformas de la *Kündigungsschutzgesetz* y, a pesar de existir la polémica, el legislador no ha cambiado el término de referencia. Podemos afirmar, por tanto, que el legislador ha pretendido que la noción *Betrieb* sea entendida de manera similar a la utilizada en la *Betriebsverfassungsgesetz*, la ley sobre el comité de empresa. En el mismo sentido podemos aportar el dato de que el legislador había considerado en los años 90 la posibilidad de reemplazar el término, pero finalmente no lo ha hecho; por tanto, no puede realizarse una interpretación diferente¹⁸.

2. LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO CONFIGURADA EN LA KSchG

Las principales características de esta protección son, como ya hemos adelantado, la necesaria justificación social del despido (es decir, el establecimiento de una serie de causas justificativas) y la obligatoria selección social de los trabajadores afectados.

2.1. La justificación social; en particular, la causa económica

El Derecho alemán establece que el despido ha de estar “socialmente justificado”. El § 1 I KSchG declara que la extinción de la relación laboral es “jurídicamente ineficaz cuando es socialmente injustificada”¹⁹ (*sozialwidrig*). Es decir, que el despido se considerará “no procedente” cuando no sigue los criterios de justificación social establecidos en § 1 II-IV KSchG.

Eso significa que siempre tiene que concurrir una causa para el despido. Es decir, en el ámbito de aplicación de la KSchG no es posible un despido libre sin causa, y esto lo diferencia de manera sustancial del régimen excepcional que se aplica en los centros pequeños exceptuados de esta norma.

¹⁶ Plander, NZA 2002, 483, 491; Preis, RdA 2000, 257, 271; Kittner, AuR 1997, 182, 190; Löwisch, NZA 1996, 1009.

¹⁷ Moll, en Ascheid/Preis/Schmidt, § 23 KSchG Rn. 8; Gragert, NZA 2000, 961, 962; Bader, NZA 1999, 64, 66.

¹⁸ Kiel, en Erfurter Kommentar, § 23 KSchG Rn. 3; Moll, en Ascheid/Preis/Schmidt, § 23 KSchG Rn. 8.

¹⁹ Siguiendo la traducción al español de los prof. Martínez Girón y Arufe Varela, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, La Coruña, Netbiblo, 2007, p. 168.

Es suficiente con que dicha causa exista, no es necesario que se le comunique al trabajador en el momento de despedir. Por ello, es posible que durante la tramitación del procedimiento se alegue una causa que existía, pero el empresario desconocía en el momento de despedir.

En concreto, la justificación social del despido se produce por tres tipos de causas: causas relativas a la persona del trabajador (*personenbedingte Kündigung*)²⁰, causas relativas al comportamiento del trabajador (*verhaltensbedingte Kündigung*)²¹ y por necesidades económicas urgentes que impidan la continuación de la relación laboral del trabajador en el centro de trabajo (es decir, que existan importantes causas económicas que se opongan al mantenimiento del puesto de trabajo)²². Hay que tener en cuenta que, incluso concurriendo alguna de estas causas, el despido puede considerarse socialmente injustificado. Esto ocurre en dos supuestos distintos:

- a) En primer lugar, en los casos en que el trabajador puede ser readmitido en otro puesto de trabajo, dentro de su mismo centro de trabajo o en otro centro de la misma empresa (§ 1 II 2, 3 KSchG). En todo caso el empresario debe respetar el principio de *ultima ratio* (es decir, que el despido debe ser el último recurso posible), principio que se considera vulnerado cuando existe la posibilidad de que el trabajador sea readmitido en otro puesto²³. El requerimiento de la justificación social es una concreción del principio de *ultima-ratio*. Además, dicho principio también supone que el despido debe respetar el principio de la proporcionalidad. El empresario no puede despedir al trabajador si existen otras medidas alternativas menos gravosas para el trabajador y que tendrían el mismo efecto en la empresa²⁴.
- b) En segundo lugar en aquellos casos en que, tratándose de un despido por causas económicas, la selección social ha sido defectuosa²⁵.

Por último, hay que señalar que aunque el empresario no tiene que comunicar la causa en el momento del despido, la causa tiene que existir. Lo importante es la situación que existía en ese momento; si después haberse producido el despido se producen nuevas causas que podrían justificarlo, el empresario no puede utilizarlas²⁶.

La causa económica

Uno de los criterios de justificación social hemos dicho que es la existencia de necesidades económicas urgentes que impidan la continuación de la relación laboral del trabajador en el centro de trabajo. Al respecto hay que hacer algunas consideraciones.

- a) Las causas económicas deben ser importantes (§ 1 I KSchG).
- b) Para justificar el despido es necesario que se acredite que el empresario no puede reaccionar frente a la situación económica con ninguna otra medida²⁷. No debe

²⁰ Equiparables a las causas objetivas en nuestro Derecho.

²¹ Equiparables a los que nosotros llamaríamos causas de despido disciplinario.

²² De forma similar a las circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción que son causas de despido objetivo y colectivo en nuestro país.

²³ Dörner, en Ascheid/Preis/Schmidt, *Kündigungsrecht*, 2007, § 1 KSchG Rn. 98 y ss.

²⁴ Oetker, en: *Erfurter Kommentar*, § 1 KSchG Rn. 77.

²⁵ Junker, *Grundkurs Arbeitsrecht*, 2008, Rn. 374.

²⁶ Oetker, en: *Erfurter Kommentar*, § 1 KSchG Rn. 91.

²⁷ BAG 21.4.2005, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 79.

existir otra posibilidad²⁸. Esta afirmación hay que matizarla, porque en principio hay que respetar que siendo el empresario quien asume el riesgo económico tiene la libertad de decidir cómo organiza su empresa. Por este motivo los tribunales no entran a analizar si la decisión de despedir es económicamente razonable²⁹; lo que sí tienen que controlar es que la extinción no se haya producido sin ninguna justificación o fraudulentamente³⁰.

- c) Las causas económicas provocan la imposibilidad de mantener el empleo del trabajador en el centro del trabajo, por lo que se exige que en el momento del despido no existan otros puestos de trabajo libres en la empresa. Es decir, no puede haber vacantes en la empresa, aunque el empresario no tiene la obligación de crear nuevos puestos de trabajo³¹. Como regla general solo se tienen en cuenta los puestos de trabajo que estén libres en el momento del despido, pero si el empresario sabe que un puesto de trabajo va a estar libre antes de que el despido sea efectivo, el puesto se considera libre también a estos efectos³². También hay que considerar libres en este sentido los puestos de trabajo que van a estarlo en fechas posteriores pero cercanas a que el despido sea efectivo. En este caso el empresario debe aceptar que el trabajador permanezca en la empresa hasta que el puesto quede libre³³. Además se consideran vacantes los puestos de trabajo que están ocupados por trabajadores de una empresa de trabajo temporal³⁴. La referencia a puestos de trabajo vacantes se extiende a la empresa entera, y no solo al centro de trabajo, aunque no llega a aplicarse al grupo de empresas³⁵.

2.2. La selección social

La selección social de los trabajadores es otra de las exigencias clave en la KSchG. El término “selección social” (*Sozialauswahl*) se refiere a las reglas establecidas en la Ley de Organización de la Empresa que regula aquellos supuestos en que por existir varios trabajadores o puestos de trabajo que pudieran ser afectados por la extinción hay que determinar en quién de ellos se va a concretar. En estos casos el empresario debe seleccionar, entre aquellos trabajadores comparables, a aquel que resulte menos afectado socialmente.

2.2.1. Concepto

La selección social se refiere a la obligación que tiene el empresario de utilizar criterios sociales para seleccionar cuál será el trabajador afectado por el despido, en aquellos casos en que la empresa cuenta con más trabajadores que puestos de trabajo a extinguir por causas económicas³⁶. Según la ley, el empresario debe seleccionar, entre los trabajadores comparables, a aquellos a quienes menos afecte el despido atendiendo

²⁸ BAG 30.5.1985, AP KSchG 969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 24.

²⁹ BAG 17.10.1980 AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 10.

³⁰ BAG 16.12.2004 AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 133.

³¹ BAG 29.3.1990 AP KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 50.

³² BAG 23.11.2004 AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 132.

³³ *Oetker*, en: Erfurter Kommentar, § 1 KSchG Rn. 248.

³⁴ LAG Berlin-Brandenburg 3.3.2009, Der Betrieb 2009, 1353.

³⁵ BAG 23.11.2004 AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 132.

³⁶ *Oetker*, en: Erfurter Kommentar, § 1 KSchG Rn. 300.

a criterios sociales³⁷. El empresario debe valorar los datos sociales de los trabajadores en el momento del despido.

2.2.2. Trabajadores comparables

Los trabajadores entre los cuales se efectúa la selección social son los llamados “trabajadores comparables”. Se considera que los trabajadores hacen un trabajo comparable cuando el empresario puede intercambiar sus puestos haciendo uso de su poder de dirección ordinario. Por el contrario, si para intercambiar sus puestos tuviese que utilizar la figura del despido modificativo —el poder de dirección extraordinario— los trabajadores no se consideran³⁸. Por tanto, la comparabilidad se refiere solo al mismo nivel de jerarquía en el centro del trabajo³⁹.

Para ser comparables no es necesario que los puestos de trabajo sean idénticos, siendo suficiente con que los trabajadores pudiesen hacer el trabajo concreto con arreglo a su formación y función anteriores⁴⁰.

La selección social hay que realizarla incluyendo trabajadores a tiempo completo y parcial para evitar que el trabajo a tiempo parcial sea un criterio negativo para el trabajador a la hora de la concreción del despido (§ 4 TzBfG)⁴¹.

Por otra parte, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las vacantes, hay que tener en cuenta los trabajadores comparables del mismo centro de trabajo, y no de la empresa entera, según establece el § 1 II KSchG⁴². Esto es la regla general en Derecho Laboral alemán que, a diferencia del español, otorga mayor relevancia al “centro de trabajo” que a “la empresa”.

Si varias empresas tienen un centro del trabajo común, la selección se refiere a los trabajadores del centro entero, sin importar cual sea su empresario concreto⁴³.

³⁷ BAG 4.5.2006, AP BGB § 613a Nr. 304.

³⁸ BAG 31.5.2007, AP KSchG 1969 § 1 KSchG Nr. 70.

³⁹ BAG 6.7.2006, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 82.

⁴⁰ BAG 31.5.2007, AP KSchG 1969 § 1 KSchG Nr. 70.

⁴¹ Inicialmente, los Tribunales alemanes venían manteniendo un criterio distinto, que tuvo que ser modificado a raíz del asunto Kachelmann c. Bankhaus Hermann Lampe KG (TJCE, Sentencia de 26 de septiembre de 2000, As. C-322/98, Rec. 2000, p. I 7505). La Sra. Kachelmann, empleada a tiempo parcial, interpuso una demanda ante el Arbeitsgericht Hamburg contra su empleador Bankhaus Hermann Lampe KG por despido improcedente. Bankhaus Hermann Lampe KG, al llevar a cabo la selección social, preceptiva en supuestos de despido por causas económicas, había omitido comparar a la Sra. Kachelmann con otros trabajadores a tiempo completo. El Arbeitsgericht desestimó la demanda. El empresario había actuado de acuerdo con de la Kündigungsschutzgesetz (Ley de protección alemana contra el despido), que en su interpretación jurisprudencial establecía que los trabajadores a tiempo parcial no son comparables a los trabajadores a tiempo completo a efectos de llevar a cabo la selección social. La Sra. Kachelmann interpuso recurso de apelación ante el Landesarbeitsgericht Hamburg. Éste planteó el 24 de julio de 1998 al TJCE una cuestión prejudicial. El Landesarbeitsgericht preguntó si podía considerarse que la interpretación que se estaba dando al art. 1.3 de la Kündigungsschutzgesetz conducía a una discriminación indirecta por razón de sexo. El Tribunal de Justicia respondió a la cuestión que se le planteaba, que la disposición nacional no suponía ninguna desventaja directa para los trabajadores a tiempo parcial. Como la norma se aplicaba por igual a los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial, ambas categorías de trabajadores se veían favorecidos o desfavorecidos de la misma manera, según si en la empresa se suprimía un puesto de trabajo a tiempo parcial o completo. Pero como el número de trabajadores a tiempo completo es, en todos los sectores, más elevado que el de los empleados a tiempo parcial, en caso de despido, los trabajadores a tiempo parcial, tienen más dificultades de encontrar otro empleo comparable. El Tribunal consideró que ya que la norma implicaba una desventaja indirecta para los trabajadores a tiempo parcial y por tanto para las mujeres, ésta podía ser considerada discriminatoria.

⁴² Además, véase BAG 15.12.2005, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 76.

⁴³ BAG 29.11.2007, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 95.

2.2.3. Criterios de selección

Los factores que hay que tener en cuenta para realizar la selección social son la antigüedad, la edad, la existencia de deberes de alimentación y la discapacidad (§ 1 II KSchG), y hay que aplicarlos no solo en los casos de despidos individuales sino también en los casos de despidos en masa.⁴⁴ Ningún criterio es más importante que los demás, por lo que empresario debe tener en cuenta todos los factores para llegar a un resultado adecuado.

La utilización del criterio de la antigüedad en la empresa no es ninguna excepción, ya el Derecho Laboral alemán suele tenerlo en cuenta a efectos de aumentar la protección de los trabajadores (como por ejemplo, a efectos de plazos de despido). Para la selección social se tiene en cuenta la antigüedad en la empresa, no en el centro de trabajo concreto.

En cuanto a la edad, su toma en consideración responde a que el legislador considera que para las personas con una edad más alta es más difícil encontrar un nuevo trabajo. La utilización de este criterio no es una discriminación por razón de edad en el sentido del Derecho comunitario, ya que el privilegio está justificado por las dificultades objetivas que estas personas encuentra en el acceso al mercado del trabajo⁴⁵.

Aunque en principio la Ley se refiere de manera indistinta a los cuatro criterios mencionados, es posible que a través de convenio colectivo o de acuerdos de empresa se negocie cuál de los criterios de la *Sozialauswahl* va a tener más importancia que los demás (§ 1 IV KSchG).

2.2.4. Consecuencias del incumplimiento de los criterios

La incorrecta selección social tiene varios tipos de consecuencias, dependiendo de si el error afecta o no al trabajador concreto. El error en la selección no tiene efectos respecto a la justificación del despido, si los trabajadores despedidos hubieran sido los mismos si la selección hubiera sido correcta. Los trabajadores despedidos no pueden impugnar el despido basándose en un error que no tiene efecto para ellos. Pero si el trabajador despedido no lo hubiera sido con una selección correcta, él puede impugnar el despido. Su despido será declarado nulo, y el trabajador tendrá derecho a la readmisión en su puesto de trabajo⁴⁶.

Para concluir, no queremos dejar de mencionar la importancia práctica que tiene este tema, ya que la correcta selección social en el despido es una cuestión muy delicada, que está sometida a altos niveles de exigencia por el *Bundesarbeitsgericht* (BAG), Tribunal Supremo de la jurisdicción laboral⁴⁷.

III. LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO EN LOS SUPUESTOS EXCLUIDOS DE LA *KÜNDIGUNGSSCHUTZGESETZ*

Como hemos dicho, hay supuestos excluidos de la Ley de Protección contra el Despido; esto no significa que los trabajadores afectados no estén protegidos, sino que su despido se regula por las leyes más generales y menos tuitivas del Código Civil.

⁴⁴ *Hergenröder*, en Münchener Kommentar BGB, § 1 KSchG Rn. 395.

⁴⁵ *Oetker*, en: Erfurter Kommentar, § 1 KSchG Rn. 334.

⁴⁶ *Oetker*, en: Erfurter Kommentar, § 1 KSchG Rn. 308.

⁴⁷ Véase *Kiel*, en *Ascheid/Preis/Schmidt*, § 1 KSchG Rn. 656 y ss.

1. CONSTITUCIONALIDAD DEL DOBLE RÉGIMEN

La cuestión de la constitucionalidad de que el ordenamiento establezca distintos niveles de protección del trabajador en función de un elemento ajeno a su persona, como es el número de trabajadores del centro de trabajo ha sido sometida a debate, que ha sido resuelto de forma definitiva por el Tribunal Constitucional alemán.

El Tribunal Constitucional (*BVerfG*) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión de si la inaplicación de la *Kündigungsschutzgesetz* en los centros del trabajo pequeños era conciliable con la Ley Fundamental alemana (*Grundgesetz, GG*), la Constitución alemana de 1949⁴⁸, considerando que no se produce violación de la Ley Fundamental. Para resolver la constitucionalidad del tema, analizó por separado la compatibilidad del § 23 I *Kündigungsschutzgesetz* (que excluye a los centros de trabajo pequeños de su régimen de protección) con diversos preceptos constitucionales:

- a) Por lo que respecta al principio de Estado social (consagrado en el art. 20 I GG), el Tribunal Constitucional consideró que no resulta vulnerado, puesto que si bien es cierto que el Estado tiene obligación de crear un orden social justo, el legislador dispone de un amplio margen para ello que no resulta transgredido en este caso.
- b) En cuanto al principio general de igualdad (consagrado en el artículo 3 de la Ley Fundamental) consideró que tampoco resulta transgredido, ya que los centros de trabajo pequeños presentan características muy peculiares, diferentes de los centros más grandes, fundamentalmente porque tienen una menor resistencia financiera y porque existe una relación de cooperación muy personal y de confianza entre trabajador y empresario. Por tanto, los centros de trabajo pequeños y los grandes no son iguales, y no tienen por qué ser tratados de la misma manera (principio de igualdad sustancial y no formal).
- c) También consideró que se respeta el derecho a la tutela judicial efectiva *ex arts.* 19, apartado 4, y art. 103, apdo. 1 de la Constitución, puesto que los trabajadores de las empresas pequeñas pueden solicitar antes los tribunales la protección jurídica contra la extinción de su relación laboral con el empresario.
- d) Asimismo, también validó la compatibilidad de la exclusión con el art. 12 I de la Constitución, que por una parte consagra la libertad profesional concediendo a los trabajadores el margen necesario para su actividad profesional (lo cual solo puede ser realizado por medio de la celebración del contrato y la correspondiente continuidad en el empleo), pero que también consagra libertad de los empresarios. El Tribunal considera que los trabajadores no quedan desprotegidos al ser excluidos de la *Kündigungsschutzgesetz*, porque en todo caso se les aplican las cláusulas generales del Derecho Civil, que configuran una “protección mínima”⁴⁹.

2. PROTECCIÓN SEGÚN LAS REGLAS GENERALES DEL DESPIDO

El despido en las pequeños centros de trabajo así definidos, se lleva a cabo de acuerdo con la normativa general del Derecho Civil. Según la mencionada decisión del Tribunal Constitucional,⁵⁰ el derecho a la libertad profesional del trabajador

⁴⁸ BVerfG 27.1.1998, BVerfGE 97, 169 y ss.

⁴⁹ Véase Zachert, U., Martínez Girón, J y Arufe Varela, A., *Los grandes casos judiciales del Derecho Alemán del Trabajo*, Netbiblo, 2008, pp. 51 y ss.

⁵⁰ BVerfG 27.1.1998, BVerfGE 97, 169 y ss.

(Art. 12 I GG) en relación con el principio de Estado social (Art. 20 I GG) exige que a los trabajadores de los centros de trabajo pequeños se les tenga que ofrecer algún tipo de protección: de esta manera, cuando no se aplican las disposiciones de *Kündigungsschutzgesetz* el trabajador resulta protegido por las cláusulas generales del Derecho Civil frente a los actos extintivos del empresario que supongan una infracción de las buenas costumbres (§ 138 BGB) o que atenten contra el principio de buena fe (§ 242 BGB).

La falta de eficacia del despido por infracción de las buenas costumbres (§ 138 I BGB) solo prospera en muy raras ocasiones.⁵¹ Solo se considera que concurre la causa de nulidad cuando el despido es de una injusticia extrema.⁵² En cambio, la declaración de nulidad del despido por atentado contra la buena fe (§ 242 BGB) es más frecuente. La buena fe es un principio general, que también afecta a la actuación extintiva del empresario, limitando su derecho a despedir⁵³; si el empresario no respeta este límite, el despido es un abuso de derecho.⁵⁴ Se entiende que la protección contra el despido establecida en la *Kündigungsschutzgesetz* es una concreción legislativa de la obligación de buena fe, por lo que cuando se aplica la *Kündigungsschutzgesetz* no hay que acudir al más general principio del § 242 BGB. Sólo cuando no se aplica la *Kündigungsschutzgesetz*, hay que acudir al § 242 BGB⁵⁵, siendo este el caso del despido en los centros de trabajo pequeños.

Para que se considere que no se ha producido vulneración del principio de buena fe se han de cumplir los requisitos siguientes:

- a) El empresario no debe ejecutar su derecho a despedir de una manera arbitraria, teniendo la obligación de justificar el despido con cualquier causa razonable⁵⁶.
- b) En segundo lugar, el empleador deberá evitar errores evidentes de selección, en el caso de que tenga que elegir entre varios trabajadores. El empresario tiene que considerar que el trabajador que lleva muchos años en el centro de trabajo ha adquirido un derecho a la continuación de la relación laboral.⁵⁷ No podemos equipar este requisito con los requisitos mucho más estrictos de selección social establecidos en el § 1 III KSchG,⁵⁸ puesto que en este caso es simplemente un control por parte de los tribunales de que no se han producido actuaciones abusivas por parte del empresario.

El control de los abusos se realiza por el BAG en dos pasos: en primer lugar se comparan los datos sociales del trabajador despedido con los de otros trabajadores del centro de trabajo que podrían haber sido seleccionados (entendiendo por “datos sociales” la antigüedad, la edad y las obligaciones alimenticias). Según el BAG hay un error de selección si se observa una discrepancia evidente en dos de los tres criterios.⁵⁹ En un segundo paso, el BAG debe examinar si el empresario tiene causas razonables para el despido que desvirtúen la impresión del abuso detectada en el primer paso⁶⁰.

⁵¹ *Hergenröder*, en *Münchener Kommentar BGB*, § 23 KSchG Rn. 39.

⁵² BAG 21.2.2001, BAGE 97, 92; BAG 2.4.1987, NZA 1988, 18.

⁵³ *Junker*, Rn. 345; *Kiel*, en *Ascheid/Preis/Schmidt*, § 1 KSchG Rn. 663.

⁵⁴ BAG 25.4.2001, NJW 2002, 532.

⁵⁵ BAG 21.2.2001, BAGE 97, 92.

⁵⁶ BAG 21.2.2001, BAGE 97, 92.

⁵⁷ BAG 21.2.2001, BAGE 97, 92; BVerfG 27.1.1998, BVerfGE 97, 169.

⁵⁸ *Junker*, Rn. 345; véase también *Hergenröder*, in *Münchener Kommentar BGB*, § 23 KSchG Rn. 42 y ss.

⁵⁹ BAG 21.2.2001, BAGE 97, 92.

⁶⁰ BAG 21.2.2001, BAGE 97, 92; BAG 6.2.2003, NZA 2003, 717; *Kiel*, en *Ascheid/Preis/Schmidt*, § 1 KSchG, Rn. 663.

3. PLAZOS DE PREAVISO PARA PROCEDER AL DESPIDO

Para un despido normal el empresario debe respetar el plazo de preaviso establecido en el § 622 BGB. Dicho plazo está en función de la antigüedad del trabajador en el centro de trabajo, y va desde 4 semanas hasta siete meses.

4. REGLAS DE LA KSchG QUE SON DE APLICACIÓN EN LOS CENTROS DE TRABAJO PEQUEÑOS

Aunque en general el *Kündigungsschutzgesetz* no se aplica en los casos de centros de trabajo pequeños, hay dos de sus parágrafos que sí son de aplicación, en virtud del § 23 I 2 KSchG (que, recordemos, regulaba el ámbito objetivo de aplicación de la norma). Se trata de los §§ 4 y 7 KSchG, relativos a la impugnación del despido ante los tribunales laborales. Según estos preceptos, “si el trabajador pretende que el despido es socialmente injustificado o jurídicamente ineficaz por otros motivos, entonces deberá ejercitar la acción dentro de las tres semanas siguientes a la notificación por escrito del despido ante el Tribunal de Trabajo, para que se declare que la relación laboral no se ha disuelto con el despido”⁶¹. Si la ineficacia jurídica no fuese alegada en plazo, el despido se considerará eficaz desde el principio.

BIBLIOGRAFÍA

Bader, NZA 1999.

Dörner, en Ascheid/Preis/Schmidt, § 1 KSchG Rn. 22 y ss.

Gárate Castro, J., “La modificación del régimen jurídico de la contratación laboral por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, *AL*, 1/2011, pp. 20.

Gragert, NZA 2000.

Hergenröder, en Münchener Kommentar BGB, 2009, § 23 KSchG Rn. 15.

Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 2008.

Kiel, en Erfurter Kommentar, § 23 KSchG, Rn. 4.

Kittner, AuR 1997.

Löwisch, NZA 1996.

Martínez Girón y Arufe Varela, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, La Coruña, Netbiblo, 2007.

Moll, en Ascheid/Preis/Schmidt, § 23 KSchG Rn. 13.

Oetker, en Erfurter Kommentar, § 1 KSchG Rn. 32.

Plander, NZA 2002.

Preis, RdA 2000.

Schiefer/Worzalla, NZA 2004.

Zachert, U., Martínez Girón, J y Arufe Varela, A., *Los grandes casos judiciales del Derecho Alemán del Trabajo*, Netbiblo, 2008, pp. 51 y ss.

Zundel, NJW 2006.

⁶¹ Seguimos la traducción de la KSchG de Martínez Girón y Arufe Varela, *Leyes laborales alemanas...* op. cit. pp. 169-170.

RECENSIONES DE LIBROS

[BOOK REVIEW]

J. GARCÍA MURCIA (Cuidador de edición), *Derecho del Trabajo. Curso académico 1958/1959, según los apuntes tomados por el alumno DON FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ de las explicaciones de DON MANUEL ALONSO OLEA, KRK ediciones (Oviedo, 2010), 318 págs.*

El libro homenaje a un Catedrático universitario que se jubila es un género clásico de la literatura universitaria europea, que admite formalizaciones o encarnaciones muy diversas. Entre ellas, resultan usuales las colectáneas de escritos de autores diversos, que pueden ser colegas amigos (de donde el «*liber amicorum*») o colegas sin más, incluidos sus propios discípulos (como el tradicional «*Festschrift*» alemán), aunque caben asimismo otras muchas formas de encarnación, siempre orientadas a jalearse a su modo la persona y la obra del concreto Maestro universitario homenajeado. A estas otras formas de encarnarse el libro homenaje se adscribe este libro, cuya edición ha cuidado el Profesor GARCÍA MURCIA, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, y cuyo sentido último se desvela al final de la contraportada de la propia obra, donde formalmente consta explicitado que la edición en cuestión se realiza «en homenaje a DON FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ». Este último, a quien tuve la fortuna de poder escuchar como conferenciante varias veces —la última, con ocasión de una brillante ponencia que defendió en las XIII Jornadas Luso-hispano-brasileñas de Derecho del Trabajo, celebradas en la Universidad Católica de Oporto (Portugal), en el mes de noviembre de 2007—, era y sigue siendo todavía, ahora como Catedrático emérito en Sevilla, un verdadero clásico de nuestra disciplina. Fue discípulo directo del Maestro por antonomasia de los laboristas españoles, esto es, Don Manuel ALONSO OLEA; y tan directo incluso, que conoció a Don Manuel cuando profesaba como Catedrático en la Universidad de Sevilla, en calidad de alumno ordinario suyo del cuarto curso de la Licenciatura en Derecho, que tomaba —como tantos y tantos otros alumnos— apuntes en las clases ordinarias a las que regularmente asistía. Pues bien, estos apuntes los puso Don Fermín «en limpio», para así poder estudiarlos mejor. Y los conservó hasta hoy, con la fortuna de que quedarán «*ad perpetuam rei memoriam*», para disfrute de todos, al aparecer reproducidos en edición facsimilar, en las páginas 87 a 248 de este libro.

Como es lógico, todo en la obra gira alrededor de estos apuntes. Empezando por la «introducción», que realiza el citado cuidador de la edición. Constituye una contextualización histórico-jurídica del curso académico «1958-1959», durante cuyo transcurso tomó sus apuntes Don Fermín a Don Manuel. Según el Profesor GARCÍA MURCIA, «las consideraciones que aquí se vierten no tiene otro objeto que expresar la concepción del Derecho del Trabajo que por aquellas fechas transmitía el Profesor Alonso Olea a sus alumnos, a la vista de los referidos apuntes de don Fermín Rodríguez-Sañudo», teniendo en cuenta que «se ha prescindido en lo posible de valoraciones de tipo personal, y se han entrecorrido aquellos pasajes que constituyen reproducción fiel y literal de dichas anotaciones». Curiosidad máxima provoca —por el valor alfa que tiene— la lectura de las páginas 85 y 86 de la obra, donde el Profesor GARCÍA MURCIA procede a efectuar la reconstrucción del programa de Cátedra de Don Manuel, que

constaba formalmente de cuarenta y cuatro lecciones, aunque —como aclara el propio cuidador de la edición— «hay un salto, además, de la lección 39 a la lección 43, probablemente debido a las limitaciones del calendario docente». El marco donde se inscriben los apuntes lo conforman, aparte la ya citada «introducción», otras dos piezas directamente referidas a la personalidad del autor de los apuntes, respectivamente tituladas a «Impresiones y recuerdo de una vida universitaria (entrevista a don Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez)» y «La trayectoria profesional y académica de don Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez». Con sinceridad, creo que el lienzo encuadrado en dicho marco, esto es, las ciento sesenta y dos páginas de la libreta de apuntes, van a dar mucho que hablar, y desde muy diferentes puntos de vista.

Lógicamente, yo me debo aquí al punto de vista del Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social. Sobre él, con una modernidad que ahora mismo asombra, se anotan en la cuidada libreta de Don Fermín muchas cosas, especialmente las que reflejan las páginas 98, 99, 101, 102, 106, 107, 108, 109, 112, 118, 119, 131, 134, 135, 136, 150, 166, 171, 174, 183, 197, 198, 207, 229 y 241 de la obra, donde aparecen citadas muy diversas fuentes directas (como las legales) e indirectas (como las doctrinales) de conocimiento del Derecho del Trabajo de otros países distintos del nuestro. Entre las primeras, no me resisto a dejar de mencionar —para poner de relieve la precisión de lo que Don Manuel explicaba a sus alumnos ordinarios de aquel entonces— su referencia a que «la Ley Taft-Hartley de los EE.UU. declara que es práctica ilícita el no contratar los sindicatos con las empresas de buena fe», matizando incluso que «el trabajador en huelga no pierde su condición de trabajador de la empresa»; y entre las segundas, me parece entrañable apuntar que Don Fermín anotó —con valor intemporal— que «dice Carnelutti que el pacto colectivo es un híbrido, con el cuerpo de contrato y el alma de ley».

Alberto Arufe Varela

A. OJEDA AVILÉS, *La deconstrucción del Derecho del Trabajo, La Ley/Wolters Kluwer (Madrid, 2010), 679 págs.*

El Profesor OJEDA AVILÉS es un renombrado jurista, que desde su Cátedra de la Universidad de Sevilla viene difundiendo el conocimiento de nuestro segmento laboral a lo largo de su ya dilatada vida académica. Es, además, un auténtico *ius-comparativista*, que se alinea una vez más, con esta obra, en lo que viene siendo por parte del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña una constante, desde hace años: dar cuenta del impacto de la legislación —y producción científica— europea y norteamericana en nuestro país. Sólo mediante el estudio del Derecho de países de nuestro entorno geopolítico se puede entender más cabalmente lo que ocurre aquí y actuar en consecuencia. De ahí el interés de esta obra, en la que las referencias a la legislación y experiencias extranjeras son una constante. La *deconstrucción* —que marca el original título a la obra— parte de un estudio de la agónica situación en España de determinadas instituciones y figuras, a través de una visión de la experiencia comparada, porque la inicial función tuitiva que se otorgaba al Derecho del Trabajo ya no encaja —tomando prestadas sus palabras— en una «evolución esquizoide», si es que no se enfoca desde la perspectiva de la globalización. En otras palabras, se constata que los éxitos y fracasos de nuestros vecinos se ven reflejados en nuestro propio ordenamiento por la interdependencia que existe entre nosotros y ellos.

En la estructura del libro se advierte la ausencia de un tratamiento global de lo laboral —así lo recuerda el propio OJEDA AVILÉS en su Prólogo—, habida cuenta que obvia el análisis del ámbito colectivo, de tal forma que se centra en el estudio de las tres instituciones fundamentales del Derecho individual del Trabajo: trabajador, empleador y contrato; empleándolas como piedra de toque para probar la *deconstrucción* de que habla. Su índice se articula sobre la base de catorce capítulos distribuidos en cuatro partes, así como otra más, correspondiente al estudio de la evolución del Derecho del Trabajo en los últimos cien años. Esta Parte I, rubricada «Las ideas fuerza del Derecho del Trabajo a comienzos del Siglo XXI» e integrada por tres capítulos, delimita las fases históricas de nuestra especialidad —identificadas por el autor—, desgranando la contraposición empleador-empleado e intervención del Estado en la relación laboral. La Parte II, titulada «El empleador atípico», analiza, por un lado, el tema de «El empleador subordinado» (Sección A), aquél que se encuentra plegado a las empresas estratégicas, y en definitiva, el que responde a los esquemas de la descentralización productiva o externalización, a través de la subcontratación y la franquicia (Capítulos cuatro a seis); y por otro lado, «El empleador difuso» (Sección B), término que trata de identificar la situación actual en la que la empresa se desvanece o difumina como centro de imputación de responsabilidades laborales, y que comprende tanto «Las empresas de trabajo temporal» como las «Redes de empresas» (Capítulos siete y ocho). La Parte III, denominada «El trabajador nomádico», contiene dos secciones cuyos títulos son muy significativos: «La desintegración del empleo» (Sección A) y «El funcionalismo versátil» (Sección B), que tratan de constatar —respectivamente, y ya en la otra cara del sinalagma

laboral— el progresivo empeoramiento del estatus jurídico del trabajador a lo largo de este último siglo, en el que se van aproximando las condiciones laborales del primer mundo y las que padecen quienes viven empleados en el tercero (Capítulos nueve y diez); y además, el impacto que las nuevas tecnologías han supuesto en la posición del empleado en la empresa, donde se ha generado «El trabajador virtual» (Capítulo once), controlado de una manera férrea por su empresario. La Parte IV, titulada «El contrato deslizante», se centra en el contrato de trabajo como última de las instituciones examinadas, y se divide en dos secciones, de las cuales la primera —«La vorágine del tipo contractual»— exterioriza el giro copernicano operado en la contratación: de una modalidad por tiempo indefinido y a jornada completa se ha pasado a una multiplicidad de tipos, tratando de imprimir a la relación laboral la máxima flexibilidad (Capítulos doce y trece); por su parte, la Sección B —«La paradoja laboral»— está integrada por un solo capítulo (el décimocuarto), y confirma la contradicción de que el uso de las «TIC» ha proporcionado una mayor capacidad de producción al trabajador, pero ha determinado asimismo una mayor limitación a la duración de su contrato.

Aunque lo primero a destacar sea su propio título y, en línea con él, la terminología empleada a lo largo de su contenido, lo más relevante de la obra es —a mi entender— la originalidad del tratamiento y la creación de conceptos e ideas; siquiera ambos elementos están íntimamente relacionados. Porque la expresión que rubrica el libro —«La deconstrucción del Derecho del Trabajo»— nos evoca inmediatamente la imagen de un afamado cocinero español, que ha popularizado el uso del vocablo en gastronomía, en el sentido de uno equivalente a «utilizar (y respetar) armonías ya conocidas, transformando las texturas de los ingredientes, así como su forma y temperatura [...] manteniendo cada ingrediente o incluso incrementando la intensidad de su sabor». Pero, a la vez, lo aúna ingeniosamente al significado que le atribuye la Real Academia Española —el de «desmontaje de un concepto o de una construcción intelectual por medio de su análisis, mostrando así contradicciones y ambigüedades»—, como reflejo de la creación filosófica de Jacques DERRIDA; y en mi opinión, éste es el sentido que OJEDA AVILÉS persigue con este denso manual. Este sutil juego intelectual se va desgranando a lo largo del texto, en el que no están ausentes las expresiones plásticas: como ya se ha visto, trabajador nómada, funcionalismo versátil, contrato deslizante, desintegración del empleo, trabajador sin adjetivos, etc. Y precisamente por ello, pese a su extensión —son casi setecientas páginas—, la obra resulta de fácil lectura y muy amena. Ahora bien, un análisis riguroso no puede quedarse en lo aparente, en la terminología utilizada. Por ello, se podría añadir, en primer lugar, que el recurso y la referencia constante al Derecho comparado para examinar el caso español hacen notorio el tratamiento *iuscomparativista* en que se enmarca el libro, y reafirma una importante línea de investigación que ha de tenerse muy en cuenta en nuestro Derecho del Trabajo: el revelador dualismo entre los países latinos y los sajones, en medio del cual navega la Unión Europea. Y en segundo lugar, que a pesar de su afirmación de partida —relativa a que no ha pretendido escribir un manual crítico de la materia, sino sólo constatar las variaciones que se han producido en los últimos tiempos en los tres

aspectos que estudia—, es lo cierto que implica una fuerte apuesta doctrinal por ilustrar las nuevas realidades laborales del presente siglo XXI, reinterpretando el clásico enfoque tuitivo de esta materia, y presentando el denominado «paradigma del Derecho del Trabajo», donde, por una parte, la dialéctica de clases no conduce a la victoria de la una sobre la otra, sino a su frágil ajuste; y por otra parte, «el Derecho del Trabajo tendrá que sentarse a dialogar con el Derecho Mercantil sobre los límites de sus respectivos dominios, y podrá hacerlo con un lenguaje común de respeto a los dos mundos en presencia».

Luis Fernando de Castro Mejuto

A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 31ª ed., Tecnos (Madrid, 2010), 835 págs.

En España, al igual que sucede en Francia, Italia o Portugal, el libro jurídico universitario por antonomasia, visto que suele representar la culminación de toda una obra científica y acreditar, además, a un profesor universitario como verdadero «maestro» de la concreta disciplina que enseña en las aulas universitarias, no es —a diferencia de lo que sucede en los países de estirpe germánica, como Alemania o Austria— el «comentario» de leyes, sino el manual universitario de toda la vida, cuyo título suele identificarse con esa concreta disciplina jurídica profesada por su autor, y por medio del cual da éste a conocer a su público más legítimo, que son precisamente sus alumnos —pero también al resto de la comunidad científica—, cómo concibe y desarrolla su docencia ordinaria. Suelen ser obras vitales, en el sentido de que —a diferencia de lo que sucede con cualquier monografía al uso, normalmente concebida para no resistir el transcurso del tiempo más que unos pocos años— su vigencia se perpetúa con la publicación de sucesivas ediciones de los mismos. Pues bien, en relación con esto último, el *record* absoluto lo ostenta en España el *Derecho del Trabajo* del Maestro MONTOYA MELGAR, verdadero Maestro al cubo de nuestra disciplina —porque es Maestro de otros que ya tienen sus propios discípulos, igualmente Maestros—, pues este manual suyo (ininterrumpidamente publicado desde el año 1976) acaba de alcanzar el logro de poder seguir perpetuándose, como verdadera obra jurídica viva, a través de su trigésimo primera edición, publicada en Madrid por Tecnos.

Sus constantes vitales —a lo largo de estos más de treinta años de publicación ininterrumpida— son muchas, contribuyendo entre ellas a explicar su éxito y a hacerlo familiar su autoría indismayablemente individual (a pesar del titánico esfuerzo que exige, en los tiempos que corren, llevar a cabo una completa puesta al día normativa y jurisprudencial), la solidez de su estructura sencilla montada sobre sólo tres *pièces de résistance* (una primera parte introductoria y otras dos partes más, relativas a «sistemas», que son el «sistema normativo del Derecho del Trabajo» y el «sistema de relaciones laborales») y su carácter omnicompreensivo de todas las parcelas cubiertas por la hectárea (mejor que área) de conocimiento que es el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (su «sistema de relaciones laborales» cubre las «relaciones de seguridad social», y también, los aspectos adjetivos de la hectárea, a propósito de las «relaciones laborales de conflicto»), aunque posee asimismo otra constante vital más —que especialmente a los profesores universitarios jóvenes y no tan jóvenes, les toca en el alma—, referida a su seguimiento y registro de lo mucho y lo bueno que la doctrina científica laboralista publica año tras año. Y es que las acreditaciones y los «sexenios» de investigación exigen acumular y relacionar indicios de calidad de lo publicado, siendo evidentemente tal el hecho de aparecer mencionado lo que uno hace en un manual, de *record* y clásico. Las convicciones del Profesor MONTOYA al respecto aparecen explicitadas allí donde trata de «la aplicación de la norma laboral», afirmando que «la función de la doctrina científica en orden a la fijación de unos criterios de entendimiento y aplicación de la norma jurídica es, evidentemente, de superlativa importancia», que «no cabe ignorar que la llamada *opinio doctorum* moviliza numerosas reformas legales y orienta el quehacer de quienes —jueces, funcionarios

administrativos, abogados, etc.— tienen por misión la interpretación y aplicación de la norma» —por cierto, el manual del Profesor MONTOYA aparece citado con naturalidad por nuestros Magistrados de suplicación, en sus sentencias—, y que «así ha podido hablarse de la “autoridad inmensa” de los juristas teóricos en cuanto a la elaboración y aplicación de las normas, llegando a afirmarse que el Derecho continental es un Derecho de profesores y que el jurista-maestro es su verdadero protagonista».

Pues bien, desde este concreto punto de vista, para mí resulta evidente que el *Derecho del Trabajo* del Maestro MONTOYA MELGAR resulta calificable igualmente como verdadera obra de Derecho comparado del Trabajo. En efecto, sus anotaciones y registros doctrinales se extienden mucho más allá de nuestras concretas fronteras —dando así pleno sentido a que lo universitario, por su propia naturaleza, tiene siempre dimensión universal—, al cubrir igualmente la doctrina científica laboralista europea, continental e insular, al igual que la iberoamericana y norteamericana, clásica y —como la más moderna o rigurosamente contemporánea— no tan clásica. Pienso que lo agradecerán especialmente nuestros profesores universitarios más jóvenes, a quienes la endogamia nacional-positivista que padecemos, les oculta muchas cosas jurídicamente importantes; y entre ellas —y paso ahora a citar literalmente el manual del Maestro MONTOYA MELGAR—, por ejemplo, que «la reiterada expresión jurisprudencial “inserción en el círculo rector y disciplinario empresarial” recuerda la vieja fórmula alemana de la *Eingliederung des Arbeitnehmers in dem Organismus des Arbeitsgebers* (H. POTTHOFF, *Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht*, en la recopilación de Th. RAMM: *Arbeitsrecht und Politik, Quellentexte 1918-1933*, Berlín, 1966, pág. 25)»; o que «la noción de deber de protección o asistencia es producto de una larga y cuidadosa elaboración de la doctrina alemana, que concibe al *Fürsorgepflicht* (deber del empresario de asistir al trabajador) como un aspecto del más amplio *Treuepflicht* (deber de lealtad)», con cita aquí de «A. NIKISH: *Arbeitsrecht*, 3ª ed., Tubinga, 1961, págs. 470 y sigs.», y «W. ZÖLLNER: *Arbeitsrecht*, 3ª ed., Múnich, 1983, págs. 167 y sigs.»; o en fin, en el otro extremo del arco cubierto por nuestra disciplina —y probando irrefutablemente la existencia de ósmosis doctrinales—, que «la tesis del “ente público instrumental”, acuñada por V. OTTAVIANO (*Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padua, 1959), fue transportada al Derecho de la Seguridad Social por M. PERSIANI: *El sistema...*, cit., págs. 187 y sigs, siendo acogida entre nosotros por J. VIDA SORIA... y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO».

Jesús Martínez Girón

P. PIC, *Estudio crítico de la Ley de Accidentes de Trabajo francesa de 9 de abril de 1898. Estudio preliminar y traducción Iciar Alzaga Ruiz*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. (Madrid, 2002), 126 págs.

En el contexto socio-laboral actual, los accidentes de trabajo constituyen un fenómeno arraigado desde hace décadas en los diversos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Sin embargo, y como no podía ser de otra manera, la protección jurídica que se ha ido dispensando a esta cuestión ha experimentado una paulatina evolución, paralela al avance y progresivo desarrollo de las sociedades. Pues bien, uno de los grandes exponentes de la preocupación por dotar de una mayor y mejor cobertura jurídica al fenómeno del que hablamos fue la francesa Ley de Accidentes de Trabajo de 9 abril 1898. Esta Ley fue objeto de un interesante estudio por parte de un importante exponente de la doctrina jurídica francesa, PAUL PIC, cuyo trabajo analizó y tradujo la profesora ICÍAR ALZAGA RUIZ en esta obra que ahora reseñamos, editada por el Centro de Estudios Ramón Areces. Se trata de una monografía de gran calidad, pues además de ofrecer un exhaustivo análisis de la citada norma decimonónica, así como la traducción de la misma y la incorporación del texto de su coetánea en nuestro país —esto es, la Ley de 30 enero 1900—, cuenta con el prólogo del prestigioso jurista D. ALFREDO MONTOYA MELGAR (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid), que destaca la labor de la profesora ALZAGA en este estudio, señalando que «analiza con preciso detalle los factores determinantes de la acogida del principio del riesgo profesional en el Derecho español, remarcando la influencia francesa en esa recepción».

En su momento, esta Ley supuso en Francia un auténtico punto de inflexión en lo relativo a la protección que se otorgaba a los trabajadores que sufrían un accidente de trabajo, pues fue la primera norma que abordó frontalmente el tema de las responsabilidades en los accidentes donde los obreros son víctimas de su trabajo. Hasta la fecha, no existía en dicho país ninguna legislación particular sobre esta cuestión, teniendo que estar a lo dispuesto en el régimen de responsabilidades del Código Civil. Así se pone de manifiesto en el prólogo de la obra por parte de D. ALFREDO MONTOYA MELGAR, al señalar que la profesora ALZAGA «se suma con esta obra tan certera y necesaria al imprescindible esfuerzo intelectual dirigido al conocimiento de las raíces del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: en este caso tomando por objeto de su atención unas normas verdaderamente cruciales para la vida de nuestras sociedades», destacando en palabras del insigne Maestro D. MANUEL ALONSO OLEA que dichas normas pusieron fin a «una larguísima tradición, una tradición milenaria, conforme a la cual una persona sólo responde de los daños y perjuicios que sus actos u omisiones hayan causado a otra cuando en ellos haya mediado su culpa o negligencia».

Como apuntamos, la profesora ALZAGA RUIZ realiza en esta obra un brillante «Estudio preliminar» en el que analiza, tanto en la ley francesa de 1898 como en la española de 1900, siete aspectos significativos que ayudan a perfilar los contornos del accidente de trabajo y su incipiente régimen jurídico, como son el «concepto de accidente de trabajo», las «personas protegidas», las «personas responsables», las

«obligaciones del patrono», los «riesgos protegidos», las «indemnizaciones» y la cuestión del «seguro». Todo ello, además, acompañado de la «depurada traducción del clásico *Estudio crítico de la ley de 9 de abril de 1898, de Accidentes de Trabajo*, de Paul Pic» —como literalmente se indica en el prólogo—, así como de dos Anexos donde se incorporan los textos de las dos leyes mencionadas, «precedidos de una valiosa reflexión introductoria de la profesora Alzaga». Siguiendo esta metodología, la autora «ofrece al lector unas páginas brillantes sobre el encuadramiento histórico-político de la Ley española de accidentes, mostrando las tensiones que precedieron a su alumbramiento».

Rosa M^a Rodríguez Martín-Retortillo

M. J. MITTEN, T. DAVIS, R. K. SMITH y R. C. BERRY, *Sports Law and Regulation. Cases, Materials and Problems*, 2ª ed., Wolters Kluwer (Nueva York, 2009), 1119 págs.

Como ya ha puesto de relieve el profesor Miguel CARDENAL CARRO, máxima autoridad académica española en asuntos de Derecho Deportivo del Trabajo, el deporte es una realidad susceptible de causar verdadera fascinación jurídica por múltiples razones, entre las que se cuentan —según él— la de que «el hecho social al que se refiere moviliza espontáneamente masas», la de que «los protagonistas de ese mismo hecho social tienden a ser considerados como paradigmas o modelos», la de que «el hecho en cuestión aparenta estar en crisis (demostrando tener, eso sí, una mala salud de hierro), pero generando siempre a su alrededor sectores y más sectores económicos pujantes», o en fin, la de que «en cuanto hecho social que implica organización jerarquizada, la cúspide de dicha jerarquía (sin ostentar “soberanía” de ningún tipo) puede tratarse de tú a tú con sujetos verdaderamente “soberanos”, en los planos estatal y supranacional». Por todas esas razones —que yo comparto al pie de la letra—, no me ha quedado más remedio que jalearlo, porque lo considero un verdadero acontecimiento editorial, la publicación por los profesores norteamericanos MITTEN, DAVIS, SMITH y BERRY (por cierto, el tercero de los recién citados, con la condición de Rector de la Southern Virginia University) de la segunda edición de su *Sports Law and Regulation*, que resulta especialmente fascinante desde el punto de vista del Derecho comparado del Trabajo, colectivo e individual. En efecto, a pesar de su título genérico, que parecería apuntar más bien hacia el terreno del Derecho Administrativo, lo cierto es que aproximadamente hasta dos tercios de su contenido tratan frontalmente asuntos de la concreta área de conocimiento jurídica (esto es, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social) a que yo pertenezco.

Al efecto de probar esta última afirmación, voy a limitarme a indicar que esta obra se encuentra estructurada en trece Capítulos, de los cuales ocho impactan directamente sobre el Derecho norteamericano del Trabajo. Es el caso claro de su Capítulo 5, rotulado «Los contratos de los entrenadores y cuestiones relacionadas», supuesto que estos entrenadores pueden tener un contrato de trabajo o un contrato civil, que planteará problemas de delimitación de fronteras entre el *Common Law* y lo que nosotros denominaríamos aquí Derecho del Trabajo; de su Capítulo 6, rotulado «Regular el deporte profesional», sobre la base de que este tipo de deporte resulta ser el título jurídico que legitima a los laboristas para meterse a fondo en el análisis de cuestiones deportivas; de su Capítulo 7, cuyo rótulo lo dice todo, puesto que se refiere a «Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales»; de su Capítulo 8, que trata del empresario (y en consecuencia, de una de las partes del contrato de trabajo y del convenio colectivo), bajo el rótulo «Gobierno de las ligas, ligas rivales y desarrollo de cuestiones globales»; de su Capítulo 9, frontalmente relativo a «Regular los representantes», otra pieza capital de la intermediación entre empresarios deportivos y deportistas profesionales, que no puede dejar indiferente al laborista, en España y fuera de España; de sus Capítulos 10 y 11, respectivamente relativos a «Cuestiones de igualdad racial en el deporte» y a «Cuestiones de igualdad de género en el deporte», que tienen que ver —ni siquiera haría falta apuntarlo— con un asunto jurídicamente transversal, en el que no cabe más

remedio que calificar como decisivas las aportaciones efectuadas por la legislación laboral antidiscriminatoria norteamericana; de su Capítulo 12, relativo a «Cuestiones de gestión de la salud, la seguridad y el riesgo en el deporte», que apunta no sólo a la prevención de riesgos laborales y de riesgos comunes —tema muy querido por mí, puesto que fue el objeto de mi tesis doctoral, leída en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña hace ahora poco más de dos años—, sino también al asunto del *doping*, de máxima actualidad en ciertos segmentos del deporte profesional por cuenta ajena (por ejemplo, el ciclismo) o por cuenta propia (por ejemplo, el atletismo) en España; y por último, de su Capítulo 13, titulado «Cuestiones de propiedad intelectual en el deporte», que apunta aparentemente a un tema propio del Derecho Mercantil, pero que al menos en España ha impactado frontalmente sobre el Derecho del Trabajo, visto que el contrato mercantil de patrocinio es el dato jurídico que permite hablar de deportistas profesionales autónomos económicamente dependientes, según he puesto ya de relieve en otro lugar.

Animo al hipotético lector español a que se adentre en las muy diversas cuestiones jurídicas, también las no laborales, abordadas por este interesantísimo libro. A mí me han llamado profundamente la atención las reflexiones que sus autores efectúan en el Capítulo 1, bajo el rótulo genérico «Una introducción al estudio del Derecho del Deporte», no sólo porque el enfoque es radicalmente pedagógico —lo que, por otra parte, no extraña, supuesto que el género de los «*Cases and Materials*», al que pertenece este libro, resulta ser el de más raigambre pedagógica dentro de los estudios jurídicos propios de las Universidades norteamericanas—, sino también porque abordan la marginalidad que tiene el Derecho Deportivo en los planes de estudio de las propias Facultades de Derecho o equivalentes a nuestras Facultades de Ciencias del Deporte, en los Estados Unidos. Al respecto, me limitaré a reproducir un texto de autoridad, que los autores recogen en la página 4 de esta obra, y que afirma literalmente todo lo siguiente: «Quizá este extendido olvido del deporte y de la “física de las cosas” está relacionado con los efectos prolongados del dualismo mente-cuerpo, o de las distinciones entre cultura alta versus baja o popular, o a las tradiciones académicas que vienen de viejo y que separan como si fuesen procesos intelectuales escribir sobre Leyes de motores [y] golpear una pelota de tenis, o incluso más fundamentalmente a requerimientos epistemológicos, que favorecen la teoría o “saber qué” sobre la práctica o “saber cómo”. Con toda probabilidad, diversos de estos factores trabajan juntos en favor del olvido relativo del deporte por los académicos, en cuanto que tema de investigación universitaria».

Iván Vizcaino Ramos

REVISTA DE REVISTAS
[REVIEW OF REVIEWS]

- *ACTUALIDAD LABORAL*, NÚM. 14 (2010)

M. T. VELASCO PORTERO, «Los sistemas alemán y austríaco como modelos de referencia de la reforma laboral en España», págs. 1615-1625.

Resumen: «En el tira y afloja del debate sobre la reforma del mercado de trabajo se trajeron a colación el modelo alemán de reducción de jornada, así como el austríaco de indemnización por despido. El Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, ha avanzado en ambos sentidos, pero sigue abierta la vía para profundizar en la regulación de los dos tipos de medidas. Este estudio es, pues, un primer análisis que los autores esperan completar a la luz de la futura Ley que tanto se anuncia».

- *ACTUALIDAD LABORAL*, NÚM. 15 (2010)

M. FRÖHLICH y M. T. VELASCO PORTERO, «El régimen jurídico del despido en Alemania: los diferentes niveles de protección del trabajador según el tamaño del centro de trabajo», págs. 1757-1766.

Resumen: «La gravedad de la crisis económica y sus devastadores efectos en orden al empleo en España, en especial en las pequeñas empresas, aconseja mirar hacia las soluciones de otros países que resisten con mejor fortuna social. Tal es el caso de Alemania donde hay dos niveles distintos de protección del trabajador en razón del tamaño del centro de trabajo. De ahí que este estudio exponga las líneas generales de la protección contra el despido en dicho país, así como las del sistema de “protección mínima” que se aplica en los centros de trabajo más pequeños».

- *ACTUALIDAD LABORAL*, NÚM. 17 (2010)

R. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, «Equipos separados en deportes de contacto, ¿discriminación por razón de sexo? A propósito del caso *Mercer vs. Duke University* (1999)», págs. 2028-2031.

Resumen: «El “caso judicial” americano es el de una mujer integrada en un equipo masculino de fútbol y sostiene la tesis de que, al haber sido voluntariamente admitida en el equipo, no podía (a pesar de tratarse de un deporte de contacto masculino) ser luego arbitrariamente excluida del propio equipo por razón de su sexo».

- *ACTUALIDAD LABORAL*, NÚM. 20 (2010)

J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «El Derecho alemán del Trabajo y las pequeñas empresas», págs. 2385-2401.

Resumen: «Este trabajo estudia los límites de la noción de pequeña empresa, pues el Derecho del Trabajo en Alemania excluye las pequeñas empresas del ámbito de aplicación de la Ley de Protección contra el Despido».

- *ACTUALIDAD LABORAL*, NÚM. 20 (2010)

M. T. CARINCI, «Los despidos por causas económicas en el ordenamiento italiano», págs. 2402-2413.

Resumen: «La reciente reforma del mercado de trabajo, en especial los despidos por causas económicas, constituye una buena oportunidad para aproximarse a la normativa y jurisprudencia italiana sobre el particular con el objeto de proporcionar algunos elementos de reflexión; en línea con lo que AL viene haciendo con el Derecho alemán (N^{os} 14, 15, 18 y 20/2010)».

- *ARANZADI SOCIAL*, NÚM. 21 (2010)

J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «Federalismo y distribución de competencias normativas en materia de prevención de riesgos laborales: los modelos norteamericano, alemán y español», págs. 65-76.

Resumen: «Partiendo de que el Derecho de prevención de riesgos laborales es una rama del ordenamiento jurídico normativamente muy saturada —porque confluyen muchas normas, de muchos tipos y de muy diversos poderes legiferantes—, el propósito de este trabajo es probar hasta qué punto el “federalismo” contribuye a acentuar o no ese fenómeno de saturación, a cuyo efecto se analizan en él los mecanismos de reparto de competencias normativas sobre prevención de riesgos laborales en los Estados Unidos de Norteamérica, en el modelo ad extra de la Unión Europea, como condicionante de los modelos nacionales de los Estados miembros, y en cuanto a estos últimos, examinando el modelo alemán y el modelo español».

- *CEF. TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL*, NÚM. 325 (2010)

D. TOSCANI GIMÉNEZ, «Los límites al despido libre en el Derecho laboral británico», págs. 5-32.

Resumen: «En el Derecho Laboral británico, los trabajadores únicamente tienen una protección específica frente a despidos injustos o improcedentes si ostentan al menos un año de antigüedad ininterrumpida en la empresa (dos años en caso de causas de regulación del empleo *Redundancy*). Una vez alcanzada la referida continuidad en la empresa, el trabajador ya puede reclamar contra un despido injusto o improcedente. Este artículo lleva a cabo un estudio de la protección estatutaria que, en algunos aspectos, es bastante similar a la de nuestro Estatuto; sin embargo, en otros no hay parangón alguno, permitiéndose despidos que en nuestro ordenamiento serían nulos. No obstante, la situación es todavía más grave si el trabajador no alcanza la antigüedad citada para que se le aplique el derecho estatutario, pues en dicho caso sólo le protege el derecho no escrito, esto es, el llamado *Common Law* o los antecedentes de la jurisprudencia, que apenas ofrecen garantías al trabajador y también se estudian en este artículo».

- *RELACIONES LABORALES*, NÚM. 12 (2010)

V. GÓMEZ, «¿Es posible trasladar a España el modelo de despido austriaco?», págs. 135-141.

Resumen: «El modelo austriaco de indemnización por despido reformado en 2003 ha ejercido una considerable influencia en el debate laboral europeo. En términos generales el esquema austriaco consiste en la combinación de un diseño de aseguramiento de los costes del despido, mediante una cotización a cargo de las empresas, junto con el establecimiento de un derecho, para los trabajadores acogidos, a una indemnización equivalente que podría acumularse de forma individual, incluso para los casos en que no fuera despedido, hasta su percepción en el momento de la jubilación. En el presente artículo se recogen las principales características del sistema austriaco y se discuten algunas cuestiones de interés a la hora de estudiar su implantación en España».

- *RELACIONES LABORALES*, NÚM. 17 (2010)

L. MELLA MÉNDEZ, «El *constructive dismissal* del Derecho inglés y su equivalente en el Derecho español», págs. 79-105.

Resumen: «El presente artículo recoge un análisis crítico y comparativo del régimen jurídico de la extinción del contrato de trabajo por previo incumplimiento del empresario, tanto en el Derecho inglés como en el español. Entre las analogías más significativas de ambos sistemas se halla el catálogo de causas justificativas de esta particular extinción, que en el sistema inglés incluye —expresamente— en su denominación el término (*dismissal*), así como la indemnización legal prevista para la misma, que coincide con la del despido improcedente. Entre las diferencias a resaltar, cabe destacar el que, en el derecho inglés, quepa la extinción directa del contrato por el propio trabajador, aunque, antes de ello, es recomendable que se someta a un procedimiento interno de solución del conflicto».

- *RELACIONES LABORALES*, NÚM. 18 (2010)

E. MARTÍN PUEBLA, «La controvertida figura del “*lavoro a progetto*”. La tutela del trabajo autónomo coordinado en el Derecho italiano», págs. 79-107.

Resumen: «El Derecho italiano conoce desde los años setenta la figura del trabajo parasubordinado, expresión con la que se hace referencia a un conjunto de relaciones de colaboración con la actividad de una empresa caracterizadas por la continuidad, la coordinación y la ausencia de subordinación a su titular. Las diferencias de tratamiento con el trabajo subordinado, así como la interpretación restrictiva de la subordinación por los Tribunales laborales, alimentaron un movimiento de sustitución progresiva del trabajo subordinado por esta forma de empleo, dando lugar a una amplia situación de fraude y de elusión del Derecho del Trabajo. La reforma del mercado de trabajo de 2003 trató de corregir esta situación exigiendo la reconducción de dichas relaciones a un proyecto específico de carácter temporal. Se creó de esta forma la figura del *lavoro a progetto* como nuevo tipo contractual dirigido a reconducir al ámbito del trabajo autónomo las genuinas prestaciones de trabajo parasubordinado, estableciendo además un tímido estatuto protector del colaborador a proyecto. Sin embargo, los defectos de la

técnica legislativa y las correcciones añadidas *a posteriori*, introducen elementos de incertidumbre que, en una opinión ampliamente compartida, hacen dudosa la consecución del objetivo perseguido por el legislador de la reforma».

- *REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN*,
NÚM. 85 (2010)

K. LURBE I PUERTO, «El análisis de la evolución del derecho a la asistencia sanitaria de los residentes gitanos comunitarios en Francia: las fronteras internas de la Europa Social de los 27», págs. 123-138.

Resumen: «El presente artículo ofrece un análisis sobre la evolución de los derechos de la salud en Francia. En él, se articulan las cuestiones de salud con los procesos relativos no sólo a las migraciones, sino también y sobre todo a la circulación y la constitución de minorías poblacionales desarrollándose en el contexto de la Construcción Europea. Al respecto, sus resultados principales arrojan luz sobre las nuevas fronteras internas de la Europa Social de los 27. Tales reflexiones son el producto de un modelo etnográfico de investigación, centrado en el estudio de caso de las 28 familias gitanas rumanas que fueron escogidas para integrar el dispositivo de acción integral del SAN de Senart (Francia) para la integración social y sanitaria en el denominado “derecho común”. Esta apuesta metodológica permite no sólo una puesta al día de la evolución de las políticas sanitarias hacia los residentes comunitarios, poniendo de relieve los proyectos ideológico-políticos de distinta índole y las decisiones pragmáticas que han moldeado el estado actual de la cuestión, sino también plantear la cuestión de la viabilidad del ejercicio del derecho a la salud por parte de las poblaciones migrantes más desfavorecidas y, en nuestro caso, posicionadas socio-políticamente como los endoextranjeros de Europa. La situación de las poblaciones gitanas llegadas de los nuevos Estados miembros de la UE nos sirve aquí de revelador de las pruebas a las que los procesos de exclusión social les someten, del cierto reconocimiento político que estas poblaciones han ido experimentando en estos últimos años y como por último, de la agencia de estas poblaciones con respecto a tales pruebas y reconocimiento».

- *REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN*,
NÚM. 87 (2010)

E. MARTÍN PUEBLA, «Políticas de formación continua en la Unión Europea. Contratos, fondos y permisos formativos en Italia», págs. 15-43.

Resumen: «La preocupación por la formación y cualificación profesional de los trabajadores ha estado siempre presente en la acción y la reflexión de la Comunidad Europea. Desde la puesta en marcha de la Estrategia Europea de Empleo de 1997 las medidas y acciones de formación profesional han desempeñado un importante papel en la consecución de objetivos básicos como la mejora de la capacidad de inserción profesional de jóvenes y demandante de empleo en general o el fomento de la capacidad de adaptación de empresas y trabajadores a los cambios económicos y sociales. De modo significativo, las orientaciones para el empleo relativas al periodo 2008-2010 incorporan principios y criterios relativos a la formación profesional en las directrices relativas a mejorar la adecuación a las necesidades del mercado de trabajo, la promoción del enfoque de la flexiseguridad o la ampliación y mejora de la inversión en capital humano.

Por lo que se refiere al caso específico italiano, la reforma laboral de 2003 llevó a cabo una profunda reordenación de los contratos de trabajo con finalidad formativa, estableciendo tres modalidades de contratos de aprendizaje y regulando el contrato de inserción, que heredó las características más vinculadas a la promoción del empleo del anterior contrato de formación y trabajo. La reforma trata de reforzar el perfil formativo del contrato de aprendizaje para convertirlo en el principal instrumento de formación en alternancia con tres objetivos precisos, correspondientes a las tres modalidades de aprendizaje: el cumplimiento del derecho-deber de instrucción, la profesionalización para la adquisición de una cualificación a través de una formación en el trabajo y un aprendizaje técnico profesional y el acceso a un diploma o a una formación avanzada.

Por su parte, el derecho a la formación continua de los trabajadores ocupados se ha materializado en la regulación de dos permisos con finalidad formativa: el genérico permiso para la formación dirigido a satisfacer una necesidad de formación individual, y el más específico permiso para la formación continua, que tiene el objetivo de permitir incrementar los conocimientos y competencias profesionales de los trabajadores y en cuya materialización se reconoce un importante papel a la negociación colectiva.

Los fondos interprofesionales para la formación continua constituyen un instrumento de apoyo y promoción de la formación profesional de los trabajadores. Los fondos, que se constituyen por sectores de actividad y se alimentan de la asignación de una cuota del 0,30 sobre los salarios, están destinados a financiar los planes de formación empresariales, sectoriales o territoriales acordados entre los interlocutores sociales.

Finalmente, los datos del Informe 2008 sobre la formación continua sirven para trazar una breve radiografía de la situación de la formación continua en Italia, en la que se destaca un cierto retraso en algunos parámetros en relación con los datos correspondientes a los principales competidores de Italia en el seno de la Unión Europea».

- *REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO*, NÚM. 145 (2010)

M. IBARRECHE LARRAZ, «La reforma del sistema de pensiones alemán», págs. 107-122.

Resumen: «El corazón de la reforma del Sistema de pensiones alemán es el establecimiento de unas promociones estatales para fomentar la creación de sistemas de pensiones privados. Desde el año 2002 todas las personas han sido apoyadas en el establecimiento de sus Sistemas, a través de subvenciones o mediante beneficios fiscales. La nueva reforma combina dos elementos. Por un lado, se ha salvaguardado lo que desde varias generaciones viene preservándose, es decir, la solidaridad del Sistema de pensiones reglamentario. Por otro lado, está la previsión social complementaria, a través de subvenciones estatales y beneficios fiscales».

- *TEMAS LABORALES*, NÚM. 105 (2010)

M. FRÖHLICH, «La reducción de la jornada (*kurzarbeit*) y otras medidas del Derecho del Trabajo frente a la crisis en Alemania», págs. 49-60.

Resumen: «El modelo alemán de jornada reducida, de probada eficacia, hoy en día se considera como una “buena práctica” en la política europea de empleo. La crisis

económica no ha producido en el mercado de trabajo alemán un impacto muy negativo, entre otras razones por el uso asiduo de la reducción de jornada. El Derecho laboral alemán ofrece a los empresarios varias medidas flexibles para superar una crisis. Un empresario puede, por ejemplo, ordenar la distribución del tiempo de trabajo a través de bolsas de tiempo de trabajo. La medida más valorada positivamente es el modelo de la jornada reducida, pues a través de ella los trabajadores mantienen tanto su empleo como sus expectativas laborales, los empleadores pueden sortear la crisis sin perder a sus trabajadores cualificados, mientras que el Estado también sale beneficiado al producirse un ahorro en los costes del desempleo. Son varios los motivos del éxito de esta fórmula, entre los que destacamos la cultura empresarial y el elevado nivel de cualificación de los trabajadores, que constituyen elementos muy importantes para entender por qué en Alemania los despidos no son la primera reacción de las empresas afectadas por una situación de crisis económica».

▪ *TEMAS LABORALES*, NÚM. 106 (2010)

M. ESPOSITO, «Los servicios de empleo en el ordenamiento jurídico italiano», págs. 131-149.

Resumen: «El presente estudio recorre las etapas principales evolutivas de la regulación italiana en materia de servicios para el empleo. En particular se destaca la transformación de la normativa, desde un sistema de rígido monopolio público, particularmente estatal, hacia un modelo de gobierno del mercado de trabajo articulado entre diferentes niveles legislativos y competencias diversificadas en lo que afecta a los sujetos implicados e interesados; sujetos que son hoy en día tanto públicos como privados. De un lado, entre los sujetos públicos, el Estado, las Regiones y las Administraciones provinciales; de otro lado, entre los sujetos privados, los entes de muy diversa naturaleza autorizados que asumen competencias específicas (agencia de empleo), el sindicato, la empresa e incluso la Universidad o las Cámaras de Comercio. Todos estos protagonistas se colocan, a nivel operativo, en un plano cuasi paritario, desde la óptica de la máxima cooperación dirigida a favorecer el más eficiente encuentro entre la demanda y la oferta de empleo. No obstante, y como resulta obvio, las instituciones públicas conservan un rol central en la gestión de las políticas de previsión social, en particular las de Seguridad Social, que atienden a los trabajadores durante su situación de desempleo. El estudio resalta que el objetivo del legislador italiano consiste en alcanzar un mix de políticas de empleo, apoyado en la sinergia del binomio público-privado que fomente carreras laborales calibradas con la vista puesta en la empleabilidad y que pueda sufrir la ausencia de empleo con adecuadas medidas dirigidas al mantenimiento de las rentas: todo ello, por tanto, en la misma línea que las orientaciones comunitarias en materia de flexiseguridad».

▪ *TRIBUNA SOCIAL*, NÚM. 230 (2010)

H. BRECHT-HEITZMANN, «Medidas jurídicas laborales y de seguridad social para la lucha contra la crisis económica en Alemania» [Traducción de J. MARTÍNEZ GIRÓN], págs. 13-21.

Resumen: «Este trabajo analiza los dos grandes tipos de medidas, laborales y de seguridad social, adoptadas en Alemania para hacer frente al impacto de la crisis

económica global. De un lado, las medidas estatales encarnadas en los denominados “paquetes de coyuntura” I y II, respectivamente de los años 2008 y 2009. De otro lado, las medidas empresariales focalizadas, a su vez, en el aprovechamiento de la jornada reducida y en la flexibilización de las condiciones de trabajo».

- *TRIBUNA SOCIAL*, NÚM. 231 (2010)

P. MARTIN, «Las medidas sociolaborales francesas frente a la crisis económica», págs. 29-37.

Resumen: «Frente a la crisis económica de 2008-2009, el modelo social francés ha demostrado una relativa buena resistencia. Sin embargo, unas categorías de trabajadores se encuentran particularmente amenazados por el paro en el contexto. Dos tipos de medidas se destacan en el ámbito sociolaboral. Por un lado, el Estado y los interlocutores sociales acordaron implementar unas medidas coyunturales, por supuesto de naturaleza temporaria, con carácter de “amortiguadores sociales”, financiadas por los presupuestos públicos y fondos paritarios. Por otro lado, se aplican medidas estructurales estrechamente vinculadas a la voluntad del Gobierno de reformar el mercado de trabajo en Francia, en el sentido de la “flexiseguridad”. Sigue el debate sobre la protección del empleo y, al final, sobre el papel del derecho del trabajo».

- *TRIBUNA SOCIAL*, NÚM. 233 (2010)

L. LEROUGE, «Los riesgos psicosociales: la respuesta del Derecho laboral francés», págs. 25-32.

Resumen: «Después de numerosos suicidios en France Telecom, los riesgos psicosociales están en el centro de la actualidad jurídica social francesa. Así, el legislador ha concebido un régimen jurídico específico al acoso psicológico cuyas disposiciones están recogidas por el juez para ensanchar las obligaciones de prevención de los riesgos del empleador y para tomar en consideración los riesgos psicosociales en el trabajo».

- *TRIBUNA SOCIAL*, NÚM. 239 (2010)

N. MELZER-AZODANLOO, «Las medidas del legislador laboral y de seguridad social austríaco contra la crisis económica» [Traducción de A. ARUFE VARELA], págs. 73-83.

Resumen: «Austria reaccionó frente a la crisis económica global, en el año 2009, mediante la promulgación de diversas Leyes, de las cuales las específicamente relativas a materias laborales y de seguridad social son la Ley de Promoción del Empleo de 2009 y el denominado “Paquete del Mercado de Trabajo” de 2009. Este trabajo analiza las principales medidas anticrisis contenidas en estas dos últimas leyes. De entre estas medidas, destacan la reducción ordinaria de jornada, la reducción cualificada de jornada y las relativas a la mejora de las carencias de formación profesional, a fundaciones laborales y a otras varias (entre las que se incluyen algunas que permiten conciliar más eficazmente la vida laboral y familiar)».

- *TRIBUNA SOCIAL*, NÚM. 240 (2010)

L. MELLA MÉNDEZ, «Reflexiones sobre la forma del despido disciplinario en los Derechos inglés y español», págs. 44-60.

Resumen: «El presente trabajo analiza el sistema inglés del despido disciplinario, especialmente desde el punto de vista formal, y lo compara con el sistema español. Los resultados de tal comparación sugieren unas reflexiones a la autora de aquel, como la relativa a las especiales y protectoras garantías de que dispone el trabajador inglés frente al citado tipo de despido. En este sentido, con carácter previo al mismo, aquél tiene el derecho (considerado principio de justicia natural) de ser oído y alegar en su defensa lo que estime conveniente. Además, el empresario puede verse obligado a respetar un procedimiento previo con diferentes fases y oportunidades de defensa del imputado».

**ACTIVIDADES DEL INSTITUTO DE
INVESTIGACIÓN DE LA ASOCIACIÓN
CORUÑESA DE DERECHO COMPARADO DEL
TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

*[ACTIVITIES OF THE RESEARCH INSTITUTE OF THE
CORUNNEAN ASSOCIATION OF COMPARATIVE
LABOR AND SOCIAL SECURITY LAW]*

Crónica del «IV Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo, *in memoriam* Ulrich Zachert, sobre “El Derecho del Trabajo y las pequeñas empresas, en Europa y en los Estados Unidos de Norteamérica”»

[CHRONICLE OF THE «IVTH INTERNATIONAL CONGRESS ON COMPARATIVE LABOR LAW, IN MEMORIAM ULRICH ZACHERT, ABOUT “LABOR LAW AND THE SMALL ENTERPRISES, IN EUROPE AND IN THE UNITED STATES OF AMERICA”»]

Los días 29 y 30 abril 2010 tuvo lugar, en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, la celebración del IV Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo, *IN MEMORIAM* Ulrich Zachert, sobre «El Derecho del Trabajo y las pequeñas empresas, en Europa y en los Estados Unidos de Norteamérica», cuya organización corrió a cargo de la Escola Galega de Administración Pública, la Universidad de A Coruña, el Colegio Oficial de Graduados Sociales de A Coruña y Ourense, así como el Instituto de Investigación de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social. La conferencia inaugural fue impartida por el Excmo. Presidente del Ilustre Colegio Oficial de Graduados Sociales de A Coruña y Ourense, D. Germán Prieto-Puga Somoza, quien manifestó su satisfacción por la realización de Congresos que profundizan en cuestiones de tanta actualidad como las tratadas en éste, relativas a la realidad que rodea a las pequeñas empresas, siempre desde una perspectiva comparada. Todo ello ante un público formado en su mayoría por estudiantes, pero también por los expertos juristas que intervendrían posteriormente en las diferentes ponencias, lo que nos hizo recordar inevitablemente a un gran Maestro que siempre nos acompañaba en estos eventos, el inolvidable Prof. Dr. Ulrich Zachert (Magistrado del Tribunal Federal de Trabajo alemán y Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Hamburgo), al que se dedicó una *Laudatio* en su memoria por parte de los Profs. Drs. Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela.

El Congreso se desarrolló en dos jornadas vespertinas, repartiéndose entre ambas las seis ponencias que lo conformaron, así como las diversas comunicaciones —académicas y de los estudiantes— que se expusieron en el mismo. La primera jornada, la tarde del 29 abril, tuvo como ponencia plenaria inicial la intervención de los Profs. Drs. Jesús Martínez Girón (Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de A Coruña y Presidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social) y Alberto Arufe Varela (Profesor Titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de A Coruña y Vicepresidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social), quienes expusieron la ponencia escrita de la Profesora Dra. Eva Kocher (Catedrática de Derecho del Trabajo de la Europa-Universität Viadrina de Frankfurt am Oder), imposibilitada de asistir, sobre el tema «Las pequeñas empresas y el Derecho alemán del Trabajo». La segunda

ponencia plenaria correspondió al Prof. Dr. António Monteiro Fernandes (Catedrático de Derecho del Trabajo del ISCTE de Lisboa), sobre «Las pequeñas empresas y el Derecho portugués del Trabajo». La tercera ponencia plenaria de ese día fue impartida por el Prof. Dr. Luca Nogler (Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Trento), relativa a «Las pequeñas empresas y el Derecho italiano del Trabajo». Tras estas intervenciones, se puso fin a la primera sesión del Congreso, quedando emplazados los asistentes para el día siguiente.

Pues bien, en la segunda jornada —celebrada la tarde del 30 abril— se alternaron las restantes ponencias con diferentes comunicaciones, comenzando la segunda sesión del Congreso con la cuarta ponencia plenaria, a cargo de la Profesora Dra. Consuelo Ferreiro Regueiro (Profesora Titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Santiago de Compostela), sobre «Las pequeñas empresas y el Derecho francés del Trabajo». La quinta ponencia plenaria correspondió a los Profs. Dres. Günther Löschnigg (Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Graz) y Nora Melzer (Profesora Titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Graz), relativa a «Las pequeñas empresas y el Derecho austríaco del Trabajo». A continuación, se presentaron tres comunicaciones académicas (cfr. Anexo I), expuestas por el Prof. Dr. Iván Vizcaíno Ramos, sobre «¿Cuál es el más importante umbral numérico de trabajadores en el Derecho español del Trabajo?»; por quien suscribe esta Crónica, titulada «¿Puede negociarse, en España, un convenio colectivo en una “microempresa”?»; y una tercera, por la investigadora compostelana Alicia Villalba Sánchez, sobre «El despido plural en las pequeñas empresas». Después de estas intervenciones, llegó el turno de la sexta ponencia plenaria, a cargo de los Profs. Drs. Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela, que trataron el tema de «Las pequeñas empresas y el Derecho individual norteamericano del Trabajo». Tras ello, concluyó el bloque de ponencias plenarias, dando paso a las comunicaciones de los estudiantes, que veremos a continuación.

Como apuntamos, antes de dar por concluido definitivamente este IV Congreso, los alumnos de cuarto curso de la Licenciatura en Derecho presentaron en grupo un total de cinco comunicaciones —tres por parte del turno de mañana y dos por parte del turno de tarde (cfr. Anexo II)—, acompañando cada una de su correspondiente póster. La primera de ellas se tituló «¿Por qué es importante, en el Derecho español del Trabajo, el umbral numérico de diez trabajadores?». En segundo lugar, otro grupo de estudiantes presentó la comunicación relativa a «¿Por qué es importante, en el Derecho español del Trabajo, el umbral numérico de veinticinco trabajadores?». La tercera comunicación trató sobre «¿Por qué es importante, en el Derecho español del Trabajo, el umbral numérico de veinticinco trabajadores?». La cuarta se planteó la cuestión de si «¿Son importantes las pequeñas empresas para el Derecho español de la Seguridad Social?». Y por último, en la quinta comunicación, los alumnos desarrollaron la pregunta relativa a «¿Cuántas pequeñas empresas hay en España?». Una vez finalizadas las comunicaciones y tras los merecidos aplausos que recibieron los estudiantes por parte del público asistente, se dio paso a la clausura definitiva del IV Congreso.

Ya a última hora de la tarde de la segunda sesión, contamos con la presencia de la Excm. Sra. Dña. Beatriz Mato Otero, Conselleira de Traballo e Benestar de la Xunta de Galicia, quien, acompañada de los Profs. Drs. Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela, procedió a clausurar el Congreso. Durante este acto, se puso

de relieve la gran importancia que tienen hoy en día las pequeñas empresas, cuya realidad jurídico-laboral se evidenció a lo largo de las diversas ponencias y comunicaciones, que enriquecieron sin duda alguna el contenido de este IV Congreso con sus interesantes aportaciones, cuestiones y sugerencias. Por su parte, se agradeció a los organizadores (la Escola Galega de Administración Pública, el Ilustre Colegio de Graduados Sociales de A Coruña y Ourense, la Universidad de A Coruña y nuestro querido Instituto de Investigación) su colaboración y financiación para sacar adelante, un año más, un Congreso que apuesta por el Derecho Comparado del Trabajo, teniendo presente en el horizonte la celebración, ya el próximo 2011, del V Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo.

Rosa M^a Rodríguez Martín-Retortillo

ANEXO I PRIMERA COMUNICACIÓN

¿CUÁL ES EL MÁS IMPORTANTE UMBRAL NUMÉRICO DE TRABAJADORES EN EL DERECHO ESPAÑOL DEL TRABAJO?

Iván Vizcaíno Ramos
A Coruña, 30 abril 2010

1. Las leyes laborales españolas establecen muchos umbrales numéricos de trabajadores, aunque para mí (y también, para los profesores Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela) ...

... the most important numerical threshold of workers is the one of 6 employees, which is stated in article 62 of the Workers' Statute of 1995. Why is so important this numerical threshold of workers?

2. Esta cifra de 6 trabajadores es tan importante porque ...

... it allows the workers of the enterprise to choose at least one legal representative of workers, which is a very significant person from two essential points of view.

3. Desde el punto de vista del empresario, fundamentalmente por 3 razones, que son las siguientes: ...

... a) the workers' legal representative has the power to ask the employer to negotiate a collective bargaining agreement in the enterprise; b) the workers' legal representative is entitled to a minimum credit paid hours per month (15 hours), although he doesn't work; and c) the workers' legal representative, in the case of merely wrongful dismissal, is entitled to demand his reinstatement with backpay.

4. Desde el punto de vista de los sindicatos, este umbral numérico de 6 trabajadores también es muy importante, porque ...

... according to the Spanish Organic Act on the Freedom of Association of 1985, the representativity of unions depends on the number of members elected in the elections to workers' legal representatives. With other words, if the legal representative elected in an enterprise of 6 workers was presented to the election by a union, such legal representative is considered in order to assign the representativity to such union.

5. En mi opinión, prueba toda la importancia que tiene este umbral numérico el hecho de que sea el único umbral numérico de trabajadores establecido por la legislación laboral española, en el que ...

... workers are not considered *per capita*, but *pro rata temporis*, as there exist a correction factor referred to the workers with a fixed-term contract of employment. With other words, if the enterprise has 6 permanent workers (that is, indefinitely employed), indeed it is considered that there exist 6 workers for the purposes of the election. In front of this, if a enterprise has 4 permanent workers and 2 precarious workers (who have worked 100 days each in the year immediately before the election call), then the elections could not be held, since this enterprise does not have (for the purposes of the election) 6 workers, but only 5 of them.

ANEXO I SEGUNDA COMUNICACIÓN

¿PUEDE NEGOCIARSE, EN ESPAÑA, UN CONVENIO COLECTIVO EN UNA «MICROEMPRESA»?

Rosa M^a Rodríguez Martín-Retortillo
A Coruña, 30 abril 2010

1. Para responder a esta pregunta, hay que determinar qué significa desde el punto de vista del Derecho del Trabajo, en España, la palabra «microempresa». Pues bien, ...

... always from a labor legal point of view, «micro enterprise» means an enterprise having employees (without them it is imposible to talk about «enterprise», from a labor point of view) but having not statutory representatives of the employees. In other words, a «micro enterprise» is an enterprise having less than 6 employees (the «Iván Vizcaíno's threshold»), that is, having 5, 4, 3 or 2 employees, or even only 1 employee.

2. Sobre esta base, la jurisprudencia española ha tenido que resolver ...

... a number of cases relating to collective bargaining agreements entered between the owner of a «micro enterprise» and the whole employees serving in it.

3. De entre esta jurisprudencia laboral, creada sobre todo por las Salas de lo Social de los diversos Tribunales Superiores de Justicia de nuestras Comunidades Autónomas, creo que ...

... the most important case is an Andalusian Superior Court of Justice, Social Chamber of Seville, Decision of May 23rd, 2000, relating to the following facts: (1) the owner of a fishing ship entered directly into a collective bargaining agreement with the 5 sailors employed in it; (2) this «micro enterprise» collective bargaining agreement was brought before the Andalusian Labor Administration, in order to the registration and publication of it; and (3) these last official acts were refused, filing the Andalusian Labor Administration a lawsuit before a Labor Court, in order to obtain a declaration that such collective bargaining agreement was null and void.

4. En este caso, la Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ...

... denied the petition of the Andalusian Labor Administration, because of despite the fact that the «micro enterprise» collective bargaining agreement in question was not covered by the Workers' Statute of 1995 (since, according to this Act, the statutory legitimacy to bargain a collective agreement is linked to the existence of

at least 1 statutory representative of employees), because it could be entered into under the Spanish Civil Code of 1889, as any other contract between well defined parties (and therefore, having its efficacy limited to those parties).

5. La doctrina de este caso, relativo a una «microempresa» con 5 trabajadores, es también aplicable a «microempresas» con 4, 3 ó 2 trabajadores, pero ...

... this doctrine cannot be applied to «micro enterprises» with only 1 employee. In this case, according to a classical Central Labor Court Decision of May 9th, 1989 (relating to a baker, with only 1 employee, which wanted his own enterprise-wide collective bargaining agreement), since in this kind of «micro enterprises» there not exists any possible combination of employees (and therefore, any collective right to enter into any collective bargaining agreement).

ANEXO II PRIMERA COMUNICACIÓN

¿POR QUÉ ES IMPORTANTE, EN EL DERECHO ESPAÑOL DEL TRABAJO, EL UMBRAL NUMÉRICO DE DIEZ TRABAJADORES?

WHY IS IMPORTANT, IN SPANISH LABOR LAW, THE NUMERICAL THRESHOLD OF TEN WORKERS?

Grupo Tarde 1

1. El umbral numérico de diez trabajadores aparece mencionado varias veces en diversas leyes laborales españolas, aunque ...

...we believe that the most interesting mention of this threshold is the one appearing contained in article 30, paragraph 5, of the Act 31/1995.

2. La Ley 31/1995 es, en España, ...

... the Act implementing the Framework Directive of the European Union of 1989, on occupational safety and health. However, this provision which is so interesting for us was recently added to the Act 31/1995. More specifically, it was added just 4 months ago, by an Act of 2009, enacted to complete the implementation of the European Union Directive of 2006, on services in the internal market.

3. Esta modificación nos parece interesante porque ...

... it sets out how some small Spanish enterprises must discharge their duties on occupational safety and health. These small enterprises are the enterprises with less than ten workers. Therefore, we think it is a very important provision, as enterprises with less than ten workers are the vast majority of enterprises we have registered in Spain.

4. Pues bien, estas empresas pequeñas de menos de diez trabajadores (por ejemplo, un bar, una farmacia, la tienda de la esquina o cualquier otra pequeña empresa que no realice una actividad peligrosa), para cumplir sus deberes en materia de prevención de riesgos laborales, ...

... must read Appendix II of the Royal Decree 39/1997 (a regulation completing the provision we are talking about), fill this Appendix out and, once filled out, send it to the Labor Administration, that is, the Department of the Xunta of Galicia headed by the Lady who will close this congress.

5. Para concluir, nos parece que ...

... it is not reckless to state, since these small enterprises are many, since it is necessary to suppose that the vast majority of these small enterprises has not discharged their duties on occupational safety and health, and since to fill this Appendix II out is a professional act entitling to receive some payment, that the Appendix II could metaphorically be described as a real «treasure map» of this XXI century in which we are living.

ANEXO II SEGUNDA COMUNICACIÓN

¿POR QUÉ ES IMPORTANTE, EN EL DERECHO ESPAÑOL DEL TRABAJO, EL UMBRAL NUMÉRICO DE 25 TRABAJADORES?

WHY IS IMPORTANT IN SPANISH LABOR LAW THE NUMERICAL THRESHOLD OF 25 WORKERS?

Grupo Mañana 1

1. Ante todo, nos parece fundamental decir que ...

... this numerical threshold is regulated in the Workers' Statute of 1995, which is the most important Spanish Labor Act; and within the Workers' Statute, this numerical threshold is regulated in its article 33, paragraph 8.

2. Este artículo regula el Fondo de Garantía Salarial, que es una institución pública creada ...

... to implement the Directive of the European Union of 2008, about protection of the workers' rights in the event of insolvency of their employer.

3. Y lo hemos elegido, porque ...

...this article sets out an exception to the general rule in the subject-matter of dismissals in Spain. The general rule is that the Spanish legislation regulating dismissals is the same for all kind of enterprises, regardless they are big, medium-sized or small enterprises. The exception to this general rule refers to small enterprises.

4. Antes de contar de que trata esta excepción, nos parece importante decir que ...

... in Spain, the dismissal can be, speaking in a broad sense, lawful and wrongful. The lawful dismissal can be, in its turn, with severance pay or without severance pay. Well, lawful dismissal with severance pay is, speaking in broad terms, a dismissal decided by the employer when he has economic troubles, regardless it is an individual or a collective dismissal.

5. En este caso, el empresario tiene que pagar al trabajador justamente despedido una indemnización de veinte días de salario por año trabajado, con un máximo de doce meses. Y aquí es donde juega esa excepción, que nos ha parecido tan importante, porque ...

...the article 33, paragraph 8, of the Workers' Statute of 1995 sets out that a 60 per cent of such severance pay is paid by the employer and the remaining 40 per cent is paid by the Wage Guarantee Fund, as in Spain the legislator assumes that enterprises with less than 25 workers have less financial capacity than enterprises with 25 workers or more.

ANEXO II TERCERA COMUNICACIÓN

¿POR QUÉ ES IMPORTANTE, EN EL DERECHO ESPAÑOL DEL TRABAJO, EL UMBRAL NUMÉRICO DE CIEN TRABAJADORES?

WHY IS IMPORTANT, IN SPANISH LABOR LAW, THE NUMERICAL THRESHOLD OF ONE HUNDRED WORKERS?

Grupo Tarde 2

1. El umbral numérico 100 ...

... appears a number of times in the most important Labor Spanish Act, that is, in the Workers' Statute of 1995. If we were not wrong in accounting, the numerical threshold of 100 workers appears for 5 times. And within these 5 mentions, the one that seems the most interesting for us is contained in article 51, paragraph 1.

2. Este artículo pretende ...

... to implement to the Spanish domestic legal order the European Union Directive on collective redundancies of 1998, the article 1 of which also uses the numerical threshold of 100 workers.

3. A diferencia de los demás umbrales numéricos españoles que se han venido exponiendo hasta ahora, este umbral numérico es ...

... atypical, since it is a complex numerical threshold, because it consists of two elements (the couple «10» and «100»), because it is a stepped numerical threshold («100» is the lowest step of a three-step set) and because it is a threshold playing in a certain period (90 days).

4. Es, sin duda, un umbral extraordinariamente importante, porque ...

... it permits to state the difference between collective redundancy and individual redundancy for economic reasons in a broad sense. And this is very important, because of where a collective redundancy exists, then it is necessary to bargain with the unions and to ask for authorization to dismiss to the Labor Public Administration. However, if an individual redundancy exists, it is not necessary to do nothing of this.

5. Y para acabar, ...

... a little surprise. We are heavy surprised that, in the case of an enterprise having 10 workers and who decides to dismiss for redundancy 9 of them, this dismissal is not a collective redundancy, in applying such numerical threshold of the Workers' Statute, since in this case the enterprise dismisses less than 10 workers having less than 100 workers, despite the fact that it pretends to dismiss a 90 per cent of its staff.

ANEXO II

CUARTA COMUNICACIÓN

¿SON IMPORTANTES LAS PEQUEÑAS EMPRESAS PARA EL DERECHO ESPAÑOL DE LA SEGURIDAD SOCIAL?

ARE SMALL ENTERPRISES IMPORTANT FOR SPANISH SOCIAL SECURITY LAW?

Grupo Mañana 3

1. Los estudiantes españoles de Derecho ...

... study not only Labor Law, but also Social Security Law, in the same subject. The reason why is very simple. In Spain, the general rule is that the same Courts adjudge labor pleas and social security pleas.

2. Sobre esta base jurisdiccional, creemos que es importante afirmar que ...

... the Social Security is the most important Spanish public Administration. Let us check it looking at the official Social Security statistics. According to these statistics, we have in Spain almost 18 million active people (that is, workers) and more than 8 million people entitled to contributory benefits (passive people), over a total population of 44 million inhabitants.

3. La seguridad social española, como todas las cosas vivas, tiene alma y cuerpo. El cuerpo de la seguridad social española es ...

... the unique box of the Social Security, where incomes get into (contributions of the active people) and payments get out of (benefits of passive people). This box has also a piggy bank to cope with the times of crisis. And all of this is looked after by a central agency, not to be transferred to the Autonomous Communities, which is the General Treasury of the Social Security.

4. Dada la cantidad inmensa de personas a las que tiene que atender la seguridad social, es lógico que ...

... the Spanish Social Security has to deal every month with million and million administrative files, relating to incomes and payments. In order to make it easier, it was created in 1995 a computer system, called Electronic Delivery of Data (in Castilian language, Remisión Electrónica de Datos, or RED system). This computer system is voluntary for all the enterprises, but mandatory for the enterprises having more than 100 workers.

5. Y ya para acabar, pensamos que este umbral no tiene futuro, ...

... that it is a merely provisional threshold, because it is not ecological (not much paper is saved), because it is excepted the vast majority of Spanish enterprises (it seems they are small enterprises), and because we can not imagine our live in XXI century apart from computing.

ANEXO II

QUINTA COMUNICACIÓN

¿CUÁNTAS PEQUEÑAS EMPRESAS HAY EN ESPAÑA?

HOW MANY SMALL ENTERPRISES ARE THERE IN SPAIN?

Grupo Mañana 2

1. Es un misterio!!! Y ¿por qué?

To answer this question (why a mystery?), we need to use some statistics. Statistics, as a general rule, are not interesting for judges and lawyers, because they are not sources of Law. But we are here in front of an exception, which makes to shine this general rule.

2. ¿Qué estadísticas nos interesan?

Logically, we are only interested on official statistics. Within official statistics, those made by the Ministry of Labour of the Kingdom of Spain. And within these last ones, only the statistics by our Social Security Administration, that can be used through the Internet website www.seg-social.es.

3. Dentro del conjunto de números, números y más números almacenados aquí ...

We are specially interested on figures appearing assorted in the item headed «Enterprises registered in the Social Security». And within this item, in its turn, we are a very interested on another two smaller item, those relating to «Enterprises, according to their size», and to the «Workers, according to the size of the enterprises».

4. De acuerdo con estas cifras estadísticas, ...

In Spain, enterprises are in their vast majority small enterprises (in March 2010, there were a total of early 1 million 300 thousand registered enterprises, within which more than 1 million 100 thousand enterprises were enterprises up to 25 workers and, therefore, small enterprises. On the other hand, these small enterprises employ more workers than the very great enterprises (always in March 2010, the enterprises up to 25 workers employ 4 million 500 thousand workers, in front of the 3 million 500 thousand workers employed by the enterprises having one thousand workers or more.

5. Y ahora volvemos al principio. Es un misterio cuántas empresas pequeñas hay en España, porque ...

... these official statistics do not show, as it is logical, the «black employment». And also, because the official statistics seem suspicious for us. About this last, we do not understand the oscillations of the figures from month to month, as how is it possible from February to March 2010 the disappearance of ten enterprises with one thousand workers or more?

COEDICIÓN DE LIBROS*[COEDITION OF BOOKS]*

— J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *La desregulación de la protección contra el despido en las pequeñas empresas. Un estudio de Derecho comparado de los ordenamientos alemán y norteamericano*, Netbiblo (A Coruña, 2010), 89 págs. ISBN: 978-84-9745-522-0.

— L. NOGLER, *La regulación de los despidos individuales en la época del equilibrio entre los «principios» constitucionales. Estudio a la luz del ordenamiento italiano* [traducción castellana de A. ARUFE VARELA], Netbiblo (A Coruña, 2010), 146 págs. ISBN: 978-84-9745-552-7.

— I. VIZCAÍNO RAMOS y R. M. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO (Coordinadores), *Estudios comparatistas sobre Derecho deportivo del Trabajo (masculino, femenino y mixto)*, Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 11-36. ISBN: 978-84-9745-555-8.

PARTICIPACIÓN EN CONGRESOS INTERNACIONALES DE MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN

[PARTICIPATION IN INTERNATIONAL CONGRESSES
BY THE MEMBERS OF THE ASSOCIATION]

— Ponencia de A. ARUFE VARELA y J. MARTÍNEZ GIRÓN, sobre «Las pequeñas empresas y el Derecho individual del Trabajo en los Estados Unidos», en el IV Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo, *in memoriam* Ulrich Zachert: «El Derecho del Trabajo y las pequeñas empresas, en Europa y en los Estados Unidos de Norteamérica»; A Coruña, 29 y 30 de abril 2010; Instituto de Investigación de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de A Coruña, Escuela Gallega de Administración Pública y Colegio de Graduados Sociales de A Coruña y Ourense.

— Ponencia de A. ARUFE VARELA y J. MARTÍNEZ GIRÓN, sobre «The social security rights of training researchers in the event of international mobility in Spain», en la 2010 Conference of the European Institute for Social Security («The Social Security of moving researchers»); Universidad Católica de Lovaina (Bélgica), 23 y 24 septiembre 2010; European Institute of Social Security.

— Comunicación de A. ARUFE VARELA y J. MARTÍNEZ GIRÓN, sobre «Derecho del Trabajo global. A propósito del Reglamento (CE) núm. 1927/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, por el que se crea el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización», en el VII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas; A Coruña, 13-15 octubre 2010; Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación.

— Comunicación de A. ARUFE VARELA y J. MARTÍNEZ GIRÓN, sobre «La negociación colectiva sobre un nuevo yacimiento de empleo: los cuidadores de dependientes», en el Encuentro Internacional de Derecho del Empleo y Diálogo Social; Universidad de Santiago de Compostela, 28 y 29 octubre 2010.

— Ponencia de A. ARUFE VARELA y J. MARTÍNEZ GIRÓN, sobre «La conciliación de la vida laboral y familiar. Un análisis comparatista desde la perspectiva del Derecho alemán del Trabajo y de la Seguridad Social», en «Jornada Internacional. Instrumentos jurídicos para facilitar la conciliación de las vidas personal, familiar y laboral: una perspectiva comparada»; Badajoz, en la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Extremadura (España), 2 diciembre 2010.

